COMENTI

SUL MANDATO SULLA FIDEJUSSIONE E SULLE TRANSAZIONI

DI

TROPLONG

DEL MANDATO

DELLA FIDEJUSSIONE E DELLE TRANSAZIONI.

COMENTI

DEI TIT. XIII, XIV E XV DEL LIB. III DEL COD. CIV.

DI

TROPLONG

CONSIGLIERE NELLA CORTE DI CASSAZIONE DI FRANCIA, UFFIZIALE DELL'ORDINE REALE
DELLA LEGION DI ONORE, MEMBRO DELL'ISTITUTO.

OPERA CHE FA SEGUITO A QUELLA

DEL SIGNOR TOULLIER

PRIMA VERSIONE ITALIANA

CON LA GIUNTA DI PARECCHIE NOTE, DEL CONFRONTO CON LE LEGGI PER LO REGNO
DELLE DUE SICILIE, E DELLE CITAZIONI DELLE LEGGI ROMANE.

NAPOLI
STABILIMENTO TIP. E CALC. DI C. BATELLI E COMP.
Largo S. Giovanni Maggiore N.° 30.

1846

DEL MANDATO.

PREFAZIONE.

Io qui ò poche cose da dire oltre quelle già espresse nel corpo della presente opera. Questa introduzione sarà dunque brevissima. Una prefazione non è nè una replica nè una digressione.

Si è ingegnosamente paragonato il mandato al meraviglioso talismano mercè cui Pitagora era presente in un tempo istesso a Crotone ed a Metaponto (1). Questo paragone significa, per quanto può meglio un paragone, le idee che attacchiamo al mandato e l'utilità che ne ricaviamo. « Non v' à nulla, dice Savary, che mantenga tanto « il commercio quanto i commissionari o corrispondenti. Imperciocchè i mercanti ed i « banchieri possono col loro mezzo negoziare in tutto il mondo, senza uscire dal loro « magazzino o dalla banca (2). » L' uomo in fatti si moltiplica, col mandato, ne' luoghi più differenti, e per questo non v' à bisogno nè di divinazione nè di magia. Un semplice contratto basta a produrre tal miracolo. Assai tempo prima che gl' interessi del commercio avessero avuto i mezzi di locomozione tanto perfezionati ai nostri giorni, il diritto avea provveduto ad un' altra necessità, alla più lontana rappresentazione delle persone le quali, non potendo o non volendo viaggiare, ànno bisogno tuttavolta di agire in lontane regioni. L' individuo è dispensato dal recarvisi ; ma la sua volontà è ivi presente ; basta che questa, la quale è l' uomo stesso, abbia superate le distanze, ed abbia comunicato ad un altro noi stessi la facoltà di rimpiazzarci.

Ciò non ostante vi sono stati sempre taluni atti della vita civile i quali ànno richiesta l' effettiva presenza della persona. Son essi degli atti tanto personali, tanto solenni ed importanti, che è stato necessario di riserbarli, e di proibirne la celebrazione per procura. Citeremo il matrimonio che, secondo noi, e giusta il senso che attacchiamo all' articolo 75 del C. c. (77 riformato LL. cc.), non può essere legalmente contratto per procuratore (3). Potremmo dar pure come esempio la celebre massima di nostra procedura: *In Francia non si piatisce mediante procuratore.* Ma temeremmo di mancare d' esattezza. Ed in vero questo motto ne dice assai più di quello che ne vuole, ed è necessario di ben guardarsi a non intenderlo alla lettera. Esso, simile a quasi tutt' i motti,

(1) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 385.
(2) Lib. 3, cap. 1 (t. 1, p. 563).
(3) È certamente erronea l'opinione contraria additata da Merlin, Repert., t. 16. v.° *Matrimonio*, p. 731.

attende a colpir lo spirito con una maniera originale, senza molto curare se le parole oltrepassino lo scopo. È sembrato piccante di mettere in adagio che non si piatisce per procuratore, in un paese nel quale tutto il sistema di procedura andava avanti con l'appoggio di procuratori, e nel quale la costituzione di un procuratore era anche necessaria ed obbligatoria. Quindi, ben riflettendo, non è giusto affermare che in Francia non si piatisce per procuratore; imperciocchè la legge e la pratica quotidiana protestano avverso una tale idea. Cosa dunque ànno inteso dire gl' inventori di quel motto? Una cosa semplicissima, la quale sarebbe anche assai chiara, se non avessero voluto fare gli spiritosi sul diritto: quella cioè che chiunque produce giudiziaria istanza ai tribunali deve in suo nome presentare la domanda, anche quando ei si fa rappresentare da un mandatario. Allorchè le pretensioni feudali rivaleggiavano co' privilegi della sovranità, degli uomini potenti, i quali malgrado la loro potenza altri non erano che sudditi, credevano abbassarsi piegandosi dinanzi alla giustizia del Re; e ad esempio del Monarca, che agiva soltanto mercè i suoi procuratori, celavano il loro orgoglio dietro un procuratore munito di facoltà il quale parlava nel proprio suo nome. Si è tale vanità aristocratica che il parlamento volle correggere, con obbligare tutt' i vassalli, anche i più grandi, a riconoscere la superiorità della giustizia reale, ed a fare avanti ad essa un atto di personale e nominativa sottomissione. L' idea dell' adagio in parola è dunque tutta politica. Essa oggidì è fuori tempo, e benchè la massima ne sia frequentemente invocata, anche ai nostri giorni, dinanzi i tribunali, è raro che le si possa dare un senso pratico ed un giusto valore (1).

Del resto, presentemente sono rarissimi gli atti civili ne' quali è proibita la rappresentazione per mandatario. La libertà delle convenzioni à acquistato il diritto d'impiegare il mandato in quasi tutte le negoziazioni. Nell' infanzia della giureprudenza, la cosa non andava punto in tal guisa; e basta consultarne le antichità del diritto romano (2). Sotto l' impero del diritto primitivo di Roma, di questo diritto religioso ed aristocratico, aggravato di formole e di parole sacramentali, era indispensabile la presenza materiale della persona interessata. Bisognava ch' essa stessa fosse comparsa per pronunziare le espressioni consacrate alle quali era legata una forza obbligatoria. Si vedrà in seguito come i progressi della giureprudenza abbiano scosso questo materialismo, e dotato il commercio civile della libertà del mandato. Se Roma avesse continuato ad essere impacciata in tali ostacoli, le sue relazioni sarebbero rimaste sempre imperfette, limitate, senza movimento; ed il suo commercio non avrebbe potuto abbracciare, come fece più tardi, l' Italia, la Sicilia, le Gallie, la Spagna, e l'Oriente.

Il medio evo à spesso riprodotto i modi rozzi ed incolti della barbarie romana; ma lasciò scampare quel che ora abbiamo descritto. Se ne rinviene la cagione nelle abitudini che il classico diritto romano aveva disseminato nelle popolazioni. Il mandato si mantenne adunque, usuale e libero; venne adoperato per le materie alle quali è naturalmente applicabile, ed anche a multe altre nelle quali sembra non potesse giustamente intervenire. È perciò che per mezzo di procuratore si battevano in duello (3); che il diritto canonico autorizzò i matrimonî clandestini per procuratore (4). Vi furono de' procuratori d' ogni specie, ed anche delle procuratrici (5); procuratori de' signori, delle comunità, delle chiese, del fisco, ecc. ecc.

Ma quel ch' è più notevole si è, che il medio evo vide nascere l'industria de' commissionarî, la quale è divenuta un capo tanto importante e tanto utile del commercio moderno. È d' uopo fermarsi alcun poco alla sua origine.

Niente dimostra che il mondo romano abbia avuta l'idea del ministero del mandatario commerciale, da noi chiamato commissionario. Ne' tempi antichi facevasi il commercio nelle regioni lontane per mezzo di commessi permanenti (6), chiamati fattori, o institori, i quali venivano messi dal capo del negozio alla testa delle sue case di commercio (7). Sì fatto modo di operare fu pure osservato nelle più grandi imprese del me-

(1) V. Merlin (Repert. v.° *Piatire per procuratore*).
(2) *Infra*, n° 4.
(3) Ducange, v.° *Campio*.
(4) Durand de Maillane, v.° *Procuratore*, p. 527, e *Clandestino*. *Junge*, v.° *Matrimonio*, p. 36.
(5) Supplemento a Ducange, v.° *Procurator*.
(6) *Infra*, n° 60, ivi do la definizione della *preposituru*.
(7) *Infra*, n° 61, la varietà di queste prepositure secondo il diritto romano.

dio evo (1). Fu adottato dai Lombardi. Veggonsi le loro case e i preposti di esse in permanenza nella maggior parte delle città nelle quali vi erano delle operazioni a fare e delle somme a guadagnare (2). Giacomo Coeur, il celebre tesoriere di Carlo VII, fece profitto con l' istesso modo sul mondo commerciale di quei tempi (3), soprattutto sul mezzogiorno della Francia. Non è ignoto a quale immensa fortuna egli giungesse, e si sanno i servigi che rese all' ingrato Carlo VII ! Le istorie ànno conservato con onore il nome di molti suoi fattori.

Ma l' intraprendimento di un commercio per lo stabilimento di case commerciali suppone de' potenti mezzi e de' forti capitali; esso è dispendioso e può reggere solamente con l'ajuto di grandi privilegi: non è affatto per le forze di tutti gli speculatori (4). Al contrario, il commercio che si effettua con l' appoggio de' commissionarî (5), ai quali si è solito di limitarsi a dare un tanto per cento in ogni affare, richiede minori spese; non à bisogno di un capitale tanto considerevole; vi è economia nelle spese di pigioni, di magazzini, di salarî di commessi, di facchinaggi, ecc., ecc. Sembra dunque che sia una naturalissima e semplicissima idea quella d' agire in piazze lontane per le intermedie persone de' corrispondenti o de' commissionarî. Ma in tutte le cose ciò ch' è il più semplice è il più difficile a rinvenire. Si giunse quindi assai tardi a tale modo d' operare, e fu praticato per lungo tempo il maneggio di un commercio mercè fattori o institori.

Due cause intanto contribuirono a far cambiare questo sistema: la concorrenza ed il privilegio. E questi due mezzi opposti si diedero la mano per aprire una via diversa al commercio.

Quando il commercio ebbe ritratto dell' aumento e la gara ebbe fatto diminuire i lucri che se ne ricavava, bisognò industriarsi per minorare le molte spese. Si principiò dal ricorrere ai commissionarî o corrispondenti, i quali sono stabiliti sui luoghi offerendo garentie di attitudine e di probità, e servendo d' ausiliarî assai meno dispendiosi di quel che era lo stabilimento di una casa.

Ma tale progresso fu soprattutto secondato dalle istituzioni commerciali del medio evo; e quello ch' è più notevole si è, che anche negli ostacoli opposti all' industria, l'industria del commissionario trovò la sua grandissima ragione di utilità, di applicazione e di sviluppamento (6).

In fatti, le corporazioni di mercanti erano, come tutte le altre, gelosissime de' loro privilegî; il loro spirito locale aveva da per ogni dove innalzato barriere e proibizioni. Ed una di sì fatte proibizioni, la più necessaria a specificare pel nostro soggetto, era questa: ogni mercante foraneo, regnicolo o straniero, era investito soltanto in tempo di fiera del diritto di vendere liberamente la sua mercanzia, nella propria casa o nel suo albergo, nella sua bottega o nel suo magazzino, ovvero in qualunque altro modo, in grosso o a minuto. Solamente in tempo di fiera la vendita era libera pel foraneo. Ma quando la fine della fiera aveva fatto terminare questo convegno dato ai mercanti stranieri alla località, non v' erano altri che i mercanti della corporazione locale i quali potessero vendere in bottega, sia in grosso sia alla minuta. I foranei non potevano vendere se non nelle piazze e ne'pubblici mercati: sotto pena d' ammenda, erano loro fatte espresse proibizioni di vendere in altri luoghi (7).

Questa proibizione era spesso elusa. I foranei, dopo aver introdotto la loro mercanzia nella città, si ritiravano negli alberghi e ne'magazzini da loro presi in affitto; di quivi gareggiavano con i mercanti locali, ai quali pareva ciò essere di loro grave pregiudizio, giacchè ne derivava una diminuzione di guadagni, mentre che avevano il peso di sovvenire alle ordinarie gravezze della città, da cui erano esenti i foranei dimoranti negli alberghi.

Le corporazioni di mercanti elevarono la voce; e per dare una sanzione al loro privilegio, fecero emettere de' severi regolamenti, i quali frapposero novelli ostacoli alla

(1) Ducange, v.° *Draperius*, *Factores*.
(2) Mio comento della *Società* (prefazione, p. LXI e la nota (5)).
(3) Mem. dell'Accad. delle iscriz.; t. 20, p. 509. Memoria di de Bonamy. Vedete encora Sismondi, t. 13, p. 537.
(4) Savery, t. I, p. 571 e 572.
(5) V. *infra*, n.° 67, la differenza fra il *commissionario* ed il *preposto*.
(6) Delamarre e Lepoitevin ànno ciò sviluppato assai bene nella prefazione della loro eccellente opera.
(7) Ord. del re Giovanni del 1350, art. 165.

libertà de' foranei. Venne quindi stabilito (e ciò fu in vigore nelle città di Parigi, Orléans, Bordeaux, ed in gran numero di altre) (1) che il foraneo, regnicolo o straniero, non potesse scaricare e vendere la sua mercanzia se non in tempo di fiera, e ciò nei mercati solamente e nelle piazze ove si tenesse la fiera.

E se, questa terminata, restassero ai foranei mercanzie invendute, non potessero altrimenti esitarle che all' ingrosso sui mercati o luoghi pubblici, in balle o sotto corde, e in pezze intere.

Ed anche tal diritto di vendere all'ingrosso non era affatto assoluto. Il foraneo poteva esercitarlo soltanto personalmente, non essendogli permesso di farsi rappresentare da fattori, da servitori, o da commessi. Era pure proibito ad ogni mercante della località di prestar la sua opera al foraneo, e di vendere per commissione sotto il suo nome ed altrimenti; imperciocchè ciò sarebbe stato un far partecipare questo foraneo a que' vantaggi che non potevano toccare se non ai mercanti ammessi nella corporazione. Furono stabiliti de' commissionarî a guisa di carica, onde esitare la mercanzia del foraneo che non poteva o non voleva venderla esso stesso: e bisognava necessariamente passare per le mani di quel commissionario. Un editto di Errico III, di marzo 1586, registrato al parlamento di Parigi nel 16 giugno dello stesso anno, rimise in vigore per tutto il regno sì fatti regolamenti rigorosi, tirannici, spesso violati o sconosciuti. Il re si appoggia all' uso, ai privilegî concessi ai mercanti delle città giurate, e sulle antiche ordinanze di polizia (2).

Per la qual cosa, le piazze di commercio erano luoghi privilegiati, ne' quali uno straniero non poteva aver casa per vendere. Sarebbe stato un usurpare il diritto esclusivo de' mercanti locali. Oggidì vediamo i grandi mercanti servirsi della libertà per fare monopolio e schiacciare i piccoli, incapaci di lottare con loro. Un tempo, il privilegio era stato il ricovero de' piccoli mercanti; essi s' erano ridotti nel monopolio delle corporazioni per conservare la libertà della loro azione e preservarsi dallo stabilimento delle case, le quali, potendo essere l' operazione di ricchi ed opulenti negozianti, erano per essi una causa di rovina. — Ecco il progresso del mondo: il male è a lato delle migliori cose, il bene a canto alle più cattive.

Questi regolamenti portarono adunque uno sconcio colpo al commercio amministrato mercè le banche. Costituirono inoltre la commissione in una industria speciale e privilegiata: ne fecero un ministero, una carica: gli diedero un lustro di cui la libertà del commercio à profittato ai nostri giorni, per aggiungere a questo genere di speculazione delle felici e delle grandi combinazioni.

Del resto, noi dobbiamo notare che tali regolamenti, tanto apertamente caratteristici del corto spirito del medio evo, si applicavano alla sola vendita delle mercanzie. Riguardo alla compra, era libera (3); e poteva essere esercitata personalmente, o per mezzo di commissionarî, o pure per fattori. I privilegiati, lungi dall' aver interesse ad impedirla, dovevano in vece guadagnare in vedendo moltiplicarsi i compratori.

Avvertiamo del pari che vi furono delle città libere alle quali non si estesero le proibizioni, e che chiunque, fosse anco un foraneo, avea ivi il diritto di effettuare la commessione, non solamente per comprare, ma eziandio per vendere. Si può citare Lione.

Quantunque l' editto del 1586 fosse stato restituito in vigore per la città di Parigi nel 1601 e nel 1613 (4), nulladimeno ne erano le idee troppo contrarie al vero spirito del commercio, perchè avesse potuto resistere per più lungo tempo. Savary c' insegna che, ne'suoi tempi, era caduto in disuso; e che, ad onta di tutte le proibizioni, non v'era onesto mercante di Parigi il quale non prendesse l'assunto di commessioni di vendere per foranei. Egli dimostra senza dubbiezza che quest' uso era anzi vantaggioso che nocivo alle corporazioni, e che doveane il commercio dimostrarsene soddisfatto. E ciò non ostante, tali erano ancora i pregiudizî accreditati ne' migliori ingegni, che lo stesso Savary conviene, non potere il foraneo vendere a Parigi, se non per mezzo di un mercante

(1) V. il preambolo dell' editto di Errico III di marzo 1586 (Fontanon, t. 1, p. 1025).
(2) Fontanon, *loc. cit.*
(3) Savary, t. 1. p. 569. — Delamarre e Lepoitevin, t. 1, prefazione, p. X.
(4) Savary, *loc. cit.*
(5) *Id.*

parigino, suo commissionario, onde la corporazione partecipasse mercè i suoi membri agli utili delle vendite fatte per i foranei: egli cita l' usanza d' Inghilterra, parimente uniforme a questo diritto esclusivo del mercante del luogo. Anche da per ogni dove l'economia sociale posava sopra interessi personali e sopra privilegî di corporazioni.

Tale era dunque il punto cui erasi giunto all' epoca della rivoluzione francese. Il foraneo, così regnicolo che straniero, il quale voleva fare delle vendite in una piazza di commercio, dovea necessariamente passare per le mani d' un mercante aggregato alla corporazione. Quanto alle altre operazioni di commercio, compre, trasporti, banca (1), ecc., niente impediva di farle effettuare da qualunque commissionario, anche straniero. Vi à pure da notare che, sebbene gli stranieri che stabilivano in Francia una casa di commercio dovessero dar cauzione, non si richiedeva questa sicurezza dagli stranieri che venivano a stabilirsi in Francia per essere i corrispondenti ed i commissionarî de' banchieri della loro nazione (2).

L' abolizione delle corporazioni e degli uffizî di esse à dato una intera libertà alla professione di commissionario. Una tale professione è soggetta alla sola patente. E sì fatta industria, dopo essere stata una carica, ed esser poscia caduta nel dominio privilegiato delle corporazioni, à finito per riunirsi, del pari che tutte le altre, al dominio pubblico. Basta osservare intorno a sè per conoscere l' importanza, il movimento, ed il vasto ed attivo sviluppamento che la libertà à impresso all' industria medesima.

(1) Savary, *loc. cit.* p.380.
(2) Savary, *loc. cit.*

CAPITOLO I.

DELLA NATURA E DELLA FORMA DEL MANDATO.

Articolo 1984 (1856 LL. civ.) (a).

Il mandato o procura è un atto con cui una persona attribuisce ad un' altra la facoltà di fare qualche cosa per essa ed in suo nome.

Il contratto non è perfetto che colla accettazione del mandatario (b).

SOMMARIO.

1. Base filosofica del mandato.
2. Esso, di sua natura, è un atto officioso.
3. L' origine della parola *mandato* viene dall' unione delle mani usata specialmente quando abbandonavasi all'altrui fedeltà l'amministrazione de' propri affari.
4. Il mandato, come convensione produttiva di un legame di diritto, è stato assai tardi ricevuto nel diritto romano. Parte storica al riguardo. Antichità romane. Regola: *Per extraneam personam acquiri non posse*. Sue posteriori modifiche, quando il diritto addivenne più ragionevole.
5. Definizione del mandato.
6. Ora la parola mandato esprime il contratto prodotto dall' unione di due volontà, una che dice *rogo*, l' altra che risponde *recipio*.
   Ora dinota la semplice procura, atto unilaterale, preesistente all' accettazione.
   Errore di Doneau sul proposito, e confutazione.
7. Critica della definizione data dall' art. 1984 (1856 LL. civ.).
8. Seguito. Erra l' art. 1984 (1856 LL. civ.) quando dice che il mandatario fa la cosa *in nome del mandante*. Avvi una quantità di casi, ne' quali il mandatario non agisce mica, riguardo ai terzi, in nome del mandante.
9. Seguito. Altro errore. Il mandato non è una sola *facoltà* di agire; quando è stato accettato importa il *dovere* e l' *obbligazione* di eseguire il mandato.
10. È d' uopo quindi ricercare una definizione migliore di quella contenuta nell' art. 1984 (1856 LL. civ.). Il mandato è un contratto consensuale, e non reale, come il deposito.
11. È sinallagmatico imperfetto.
12. Il mandatario vien anco chiamato *procuratore*.
13. Il mandatario si obbliga ad agire. Si è questa una fra le cose essenziali del contratto di mandato.
14. Non bisogna confondere i suoi servigi con quelli di cortesia, i quali vengono prestati senza intendere di legarsi, e rimangono precari.
15. Dovrà dunque esaminarsi se la persona cui si è incaricata de' suoi interessi abbia inteso d' agire *procuratorio nomine*. È questo il consiglio di Ulpiano.
    Per la qual cosa, il semplice *consiglio* non obbliga affatto, e non deve esser confuso col *mandato*.
16. Applicazione di ciò all' *avvocato* che sbaglia in un consiglio. Opinione di Bartolo.
17. Altra applicazione ai *notari* ed agli *agenti di cambio* che danno la loro *opinione* sopra un affare.
18. Il notaro e l' agente di cambio non sarebbero nè pur risponsabili quando al *loro consiglio* avessero unito, in buona fede, l' elogio dell' affare consigliato.
19. Ma se risultasse che colui il quale à dato il consiglio à voluto andare più oltre, e che si è costituito *agente*, egli sarebbe tenuto con l' azione *mandati*.
20. Esempi tratti dalla giurisprudenza, ed applicabili ai *notari*.
21. Seguito.
22. Seguito.
23. Seguito.
24. Seguito.
25. Seguito. Rigore di talune interpretazioni.
26. Bisogna che la giureprudenza, nel fare piena giustizia, non oltrepassi i limiti d'una ragionevole severità rispetto ai notari.
27. Il mandato è gratuito. Rinvio.
28. È condizione essenziale del mandato che il mandatario compisca l' affare e che nulla trascuri.
29. L' affare, oggetto del mandato, non dev' essere terminato allorchè è fatto il mandato.
30. L' affare dev' esser *lecito*.
31. Quando l' affare non è lecito, il mandato non produce affetto azione giudiziaria.
    Quid se il mandatario è in buona fede? in qual caso è egli di mala fede?
32. Il mandato che à per oggetto il discapito del mandante non importa conseguenza. Può anche dirsi che non sia convenevole d' incaricarsene.

(a) Nel riportare la traduzione degli articoli del Codice civile francese, abbiam creduto di seguire quella che venne fatta officialmente, e che fu legge presso di noi fino al primo settembre 1819. (*Edit.*)

(b) Leggi civili per lo Regno delle due Sicilie. L' articolo 1984 del Codice civile corrisponde all' articolo 1856 delle leggi civili conceputo ne' seguenti termini:

« Il *mandato* o la *procura* è un atto col quale una persona dà ad un' altra la facoltà di fare qualche « cosa per essa, ed in suo nome.

« Il contratto non è perfetto se non coll' accettazione del mandatario. »

Leggi romane. Il mandato era un contratto *consensuale*, mercè cui una persona affidava un affare ad un' altra la quale incaricavasi gratuitamente di eseguirlo. Veggasi l. 1 ff. *de procurat.*; l. 1 in prin., e § 4 ff. *mandati*; in prin. instit. *de oblig. ex consensu*; §. ult. inst. *de mandato*. (*Edit.*)

33. Il mandato non richiede che il mandatario sia il rappresentante del mandante rispetto ai terzi. Rinvio.
    Nè pur richiede che il fatto sia fra quelli che il mandante potrebbe di per sè stesso effettuare.
34. Ma il mandatario deve necessariamente agire *sull' ordine* e per conto altrui.
    Non v'à mandato nel puro interesse del mandatario.
35. Tuttavolta, il mandato può non essere estraneo agli affari del mandatario; ma è necessario che il costui interesse non sia il solo.
36. Il mandato può esser dato nell'interesse d'un terzo.
37. Del procuratore *in rem suam*.
38. Della buona fede del mandato.
39. Il mandatario contrae l' obbligo di render conto.
40. Relazioni del mandato con altri contratti.
41. Differenza del mandato dall'ordine dato ad una persona che si à sotto la propria dipendenza.
42. Seguito.
43. Differenza del mandatario e di colui che in un contratto *presta* il suo *nome*.
44. Differenza del mandato e della *raccomandazione*.
45. Seguito.
46. Seguito.
47. Seguito.
48. Seguito.
49. Seguito.
50. Seguito. Nel dubbio dee presumersi il mandato, o la raccomandazione?
51. Relazioni del mandato e della *fidejussione*.
52. Seguito.
53. Relazioni del mandato e della *società* e del *deposito*.
54. Relazioni di questo contratto con la locazione di opere. Rinvio.
55. Promiscuità del mandato con molte altre gestioni.
    Varietà delle sue combinazioni e delle sue forme.
56. Seguito.
57. Circostanze accidentali che alle diverse specie di mandati dànno il loro carattere distintivo.
58. Frequenza del mandato nel diritto commerciale.
    De' *commissionari*: questi sono i mandatari del commercio. De' *preposti*.
59. Differenza fra la prepositura e la commissione.
60. Definizione della *prepositura*.
61. Numero infinito di preposti.
62. Seguito.
63. Divisione della prepositura in due rami.
    1° ramo.
64. 2° ramo. Del preposto che à la qualità d' *alter ego*.
65. Definizione della *commissione*.
66. In che questa differisce dalla *senseria*.
67. In che differisce dalla *prepositura*.
68. Del *sensale*. È egli mandatario?
69. Suo ministero.
70. Differenza del mandato e della gestione di negozi, *negotiorum gestio*. Il primo è un contratto, il secondo è un quasi-contratto.
71. Non esiste questo quasi-contratto, se non a condizione che non vi sia consenso *espresso* o *tacito*. Sono in un grand'errore coloro i quali credono che il consentimento tacito dia alla gestione il carattere di quasi-contratto, *negotiorum gestorum*. Rinvio al n° 118 per la dimostrazione di tal punto.
72. L' operazione deve adunque essere impresa senza saputa del proprietario, perchè si abbia il quasi-contratto *negotiorum gestorum*. La conoscenza ch' egli poscia ne acquista non cambia il carattere della gestione.
73. L' obbligazione del proprietario deriva, non già da un consenso imaginato, supposto, presunto, o supplito dalla legge, sì bene dall' equità e dal diritto naturale.
74. La gestione d' un affare con un mandato nullo è una gestione di negozi. Quando il mandatario eccede i limiti del suo mandato, gli atti fatti al di là di questo stesso mandato debbono essere riferiti al quasi-contratto *negotiorum gestorum*.
75. *Quid juris* per colui che amministra l' affare di un altro contro la costui volontà e ad onta delle costui proibizioni?
    Opinioni diverse su tal proposito.
76. Stato della controversia nel diritto romano. Discordanza fra i giureconsulti.
77. L' opinione preferita da Giustiniano è disapprovata da molti interpreti.
78. Rinascimento della quistione sotto il Codice civile. Toullier sostiene la soluzione di Giustiniano. Altri la censurano.
79. L' opinione dell' autore è che la soluzione di Giustiniano sia troppo assoluta. Il falso vi è confuso col vero.
80. Esame della quistione sotto il punto di veduta morale.
    È lecito di far del bene a qualcuno a suo malgrado.
81. Applicazione di tal principio di morale alla quistione, e distinzione che bisogna fare in quest' applicazione.
82. Esempio in cui il suddetto principio non dev' essere applicato.
83. Altro esempio in cui fa d' uopo applicarlo.
84. Conchiusione.
85. Del rimanente, i diritti di colui che amministra l'affare del proprietario contro la costui volontà sono subordinati all' evento della sua impresa.
86. Vi à perciò una considerabile differenza fra quegli che amministra l' affare all' insaputa del proprietario, e l' altro che lo amministra contro la sua volontà.
87. Seguito del parallelo del mandato con la gestione di negozi.
88. L' azione del gestore non è ritenuta se non in quanto la sua gestione porta un carattere manifestamente utile.
89. Si dee intervenire con più moderazione negli affari d' un negoziante, che negli affari civili.
90. Altra differenza fra il mandato e la gestione di negozi.
91. Seguito.
92. Seguito.
93. Seguito.
94. Seguito e fine.
95. Il mandato è suscettibile di diverse modalità, così sotto il rapporto del numero e della connessione e dell'estensione de' negozi, che sotto il rapporto del tempo.
96. Il mandato senza termine è reputato perpetuo. Rinvio al n° 111.
97. Il mandato può esser fatto a più persone.
98. Promiscuità del mandato con altre gestioni. Regola per conoscere a quale appartenga la preferenza.
    Promiscuità del deposito.
    Promiscuità della società.
99. *Quid juris* del socio gestore? Può mai vedersi in lui un mandatario soggetto alle pene dell' art. 408 (430 riformato ed ampliato LL. pen.), se abusa della confidenza de' soci?

COMENTO.

1. La natura à stabilito fra gli uomini una grande ineguaglianza d' intelligenza, di attitudine, e di capacità. Ma la società corregge questa ineguaglianza mercè un benefico scambio di doveri e di servigi. Si fa fare da una mano officiosa quello che la propria persona non può eseguire, e la lealtà d' un amico supplisce alla nostra insufficienza: « *Quibus in rebus ipsi interesse non possumus*, dice Cicerone, *in his*, *operae nostrae vicaria*, *fides amicorum componitur* (1). » Da ciò il mandato, così spesso adoperato per giungere, con l' altrui ministero, ad un risultamento cui non potrebbesi pervenire con i propri mezzi. Il mandato impronta lo zelo, la capacità, il buon volere d' altrui; fa volgere il sacrifizio di sè stesso a vantaggio degli affari del mandante; sostituisce nel luogo di colui che non poteva o non sapeva agire, una persona abile la quale provvede con la sua gestione ad interessi compromessi. È questo il fondamento del mandato. Lo stesso Cicerone à assai ben espresso sì fatto punto di veduta morale con queste splendide parole: *Non enim possumus omnia per nos agere. Idcirco amicitiae comparantur, ut commune commodum mutuis officiis gubernetur* (2).

2. Il principale motore del mandato sta nell' amicizia. Per quanto più si risalga nel diritto, veggonsi gl' interpetri di questa scienza riferire l' azione del mandatario alla classe degli atti officiosi (3). Il contratto di mandato è adunque, per sua natura, un contratto di cortesia; e noi vedremo che l' articolo 1986 (1858 LL civ.) lo dichiara gratuito, quando non vi sia patto in contrario. Sì fatta regola è fertile di conseguenze; essa parte da una distinzione profonda fra i servigi che si pagano, e quelli che sono inestimabili da che son prodotti del proprio sacrifizio, dello zelo, dell' amicizia (4). Essa si ricongiunge a quella grande divisione delle azioni degli uomini, improntata dalla giurisprudenza alla filosofia: le une avendo per causa l' interesse, le altre la simpatia (5). Il mandato nel suo elemento primordiale, nel suo puro stato, è della famiglia de' contratti disinteressati, in cui la simpatia avvicina le parti e presiede ai loro rapporti (6).

3. Donde viene la parola *mandato?* Gli etimologisti àn cercato lo scioglimento di tale quistione. Gli antichi, la cui abitudine era di dedicare ad una divinità le principali parti del corpo, consideravano la mano come il simbolo della fedeltà (7). Allorchè taluno voleva impegnarsi con un altro, in que' secoli ignoranti e rozzi ne' quali gli atti erano sì rari, gli dava la mano come pegno di sua fede. Questa religiosa e giuridica pantomima era soprattutto praticata quando la gestione d' un affare veniva abbandonata all' altrui fedeltà: non si à dunque a meravigliare se una tale convenzione à ritenuto il nome di mandato, o sia *manu datum*. L' azione delle mani à dovuto ivi più che altrove figurare in un modo più caratteristico e più necessario. Negli altri contratti in cui la buona fede è pur l' anima ed il legame, vi à una cosa che vien data, ed è per tale cosa istessa che l' obbligazione diviene perfetta: tali sono il prestito, il deposito. Sì fatti contratti àano ricevuto un nome che si riferisce al fatto esterno della tradizione, e che ne contraddistingue le condizioni e lo scopo. Ma nel mandato, in cui non succede alcuna tradizione, in cui l' azione consiste in un semplice atto di confidenza, nel semplice impiego dell' altrui cordialità per la gestione d' un affare, la mano data e ricevuta era la sola manifestazione possibile della missione data ed accettata; è naturale che fin d' allora essa abbia comunicato il suo nome al contratto, cui assicurava una confermazione e procurava una esterna realizzazione (8). Anche a tempo di Plauto, le cose andavano sì fattamente. Quando, nella comedia de' Prigioni, Tindaro à terminato d' esporre a Filocrate il messaggio di cui lo incarica, gli dice stringendogli la mano.

« *Haec per dexteram tuam, tu dextera retinens manu,*
« *Obsecro infidelior mihi ne fias, quam ego sum tibi.* »

E Filocrate gli risponde:

. . . . *Mandavisti satis!*
« *Satis habes, mandata quae sunt, facta si refero* (9) »

4. I Giureconsulti che si son dati allo studio della storia, Noodt, Heineccio, ecc., àn fatto osservare che il mandato à avuto luogo assai tardi fra quelle convenzioni del diritto romano le quali producevano un legame di diritto (10).

(1) *Pro Roscio Amerino*, 38.
(2) *Ib.*
(3) Paolo, l. 1, §. 4, D., *Mandati* (lib. 32, *ad edict.*): *Originem ex officio atque amicitia trahit.* — Cicerone, *loc. cit.*
(4) Bertrand de Greuille (dis. al corpo legislativo) (Fenet, t. 14, p. 606).
(5) V. il mio Com. sul *Prestito*, nⁱ. 1 e 2, e Cicerone, *De amicitia*, 8.
(6) Mio Com. sul *Prestito*, n° 2.
(7) Perciò dice Virgilio: *fallere dextras*, cioè *fidem*. Terenzio dice pure: *per dexteram*, *per fidem* (Andr., at. 1, s. 5).
(8) Isidoro, lib. 5 Orig., c. 24. — Noodt, *Probabil. juris civilis*, lib. 4, c. 12. — Doneau, *Com. de jure civil.*, lib. 13, c. 10, n.° 13, *in fine*. — Heineccius, *Antiq. rom.*, III, 27, 19.
(9) *Captiv.*, at. 2, scena 3, v. 82.
(10) Noodt, *loc. cit.*, e Heineccius, *loc. cit.*

Stavasi, in sul principio, alla fede del mandatario; ed oltre lo zelo e l'integrità di costui non avevasi altra gareotia (1). Ma a poco a poco si vide che la promessa officiosa del mandatario doveva essere allogata sotto l'autorità delle leggi, ed alla garentia della coscienza si congiunse quella di un' azioae giudiziaria.

Questa congettura è tanto più verisimile, in quantochè i popoli barbari, sempre sospettosi e diffideati, amano piuttosto atteadere essi stessi ai proprî loro affari, che affidarsi ai terzi per farli amministrare. Appo loro, il padre di famiglia vive nella solitudine; non conversa affatto; e teme d'imbattersi in padroai o in malvagi ausiliari, affidandosi ad estraaei. Inoltre non conosce che quando si tratta di mettersi ia relazione con terzi, la sua capacità di agire e di coatrattare possa essere trasmessa ad una intermedia persoaa. Le sue idee ristrette e ribelli ad ogni spiritualità non altro concepiscono che la presenza materiale della persona interessata, la quale si preseati corporalmente, proauazii essa stessa la promessa, e la riceva essa stessa dalla bocca di chi si obbliga. In tale stato di civilizzazioae poco iao'trata, il mandato è quindi, se non ignoto. come dice Vico (2), almeno tanto raro, che il diritto non à affatto a preoccuparsene.

L'antico diritto romano ci à lasciato delle curiose memorie di sì fatto materialismo. Nel suo sistema, la persona d' un cittadino noa poteva da nessua' altra essere rappresentata negli atti del diritto, e. sia che si fosse trattato di acquistare, sia che si fosse trattato di formare ua'obbligazione, sia che vi fosse stato bisogno di agire in giudizio, la procedura romana richiedeva la materiale preseaza della persona iateressata. E però, nessuna stipu'azione (3), nè emaacipazione (4) mediante procuratore; imperciocchè questi son atti solenni la cui forza obbligatoria sta in certe parole ed in certe formalità, per la pronunzia e la celebrazione delle quali non potrebbe essere ammesso un rappresentante: nessuna azioae di legge per procuratore (5), nessuna solenne adizione d'eredità per procuratore (6). La regola è: *Per extraneam personam nihil acquiri posse* (7).

Ma quando la giureprudenza fu volta ad idee meno materiali ed a formalità meno increscevoli, quando il diritto naturale ebbe iatrodotto nozioai più spleadide di equità ed assegaato alla libertà un posto più importante, fu capito che l'obbligo di presentarsi personalmente era iacomodo ed inutile, e fu autorizzato lo iatervento de' procuratori nelle operazioai di diritto delle genti. La facoltà d' agire per mezzo di mandatari diveane tosto di diritto comnae, e fu negata in certi atti solamente, ne' quali stava ancora l' impronta della procedura dell'antico diritto (8).

E ciò noa ostante, per rispetto alle antiche tradizioni, il mandatario noa fu ammesso, riguardo ai terzi, come rappresentante della persona che lo avea costituito. Il mandatario parlava nel proprio suo nome; era egli che obbligavasi personalmente verso que' terzi; era verso lui solaaeate che i terzi erano obbligati. Per costoro il mandante rimaneva un estraaeo, spogliato, in ciò che li concerne, d' ogni parte attiva o passiva (9). Faccvasi soltanto, fra il mandante e'l mandatario, un regolamento di conti, per effetto del quale il primo garentiva il secondo e lo rendeva indeane, mentre il secondo richiamava sul primo il risultamento della gestione. Diciamo intanto che il diritto romano non rimase assolutameate estraneo all' idea di far rappresentare il maadante dal mandatario. Si trovano esempî di sì fatto ufficio rappresentativo ne' *cognitores* (10), negl'institori o maadatari commerciali, ed in altri casi, ne' quali la giurisprudeaza credette dover esteodere i principî razionali del mandato degl' iastitori. Noi ritorneremo su tal proposito nel nostro comento dell' articolo 1997 del Codice civile (11) (1869 LL. civ.): e qui ci basta far notare questo cammino lento e progressivo del diritto romano verso le nozioni di diritto naturale; nozioai delle quali non altro à posseduto che il germe, e'l cui pieno sviluppameuto caratterizza il diritto francese (12).

5. Ora vediamo la definizione del mandato.

È questo un contratto consensuale ed imperfettamente sinallagmatico, coa cui una persona, chiamata mandatario o procuratore, si obbliga gratuitamente o pure mediante una mercede ad amministrare e portare a fine, per

(1) Arg. della legge 14 D., *De precario.*
(2) Libro 2, pag. 209 della traduzione della signora di Belgiojoso.
(3) Heineccius, *Antiq. rom.*, IV, 10, 2; l. 38, §. 17, D., *De verb. oblig.*; arg. della l. 13, §. 10, D. *De acceptil.*; Ulp.
(4) Cajus, IV, *com.* 82. Inst., *De iis per quos agere possum.* Cujacio, XV, *Observ.* 16.
(5) Ulp., l. 123 D., *De reg.* Heinecc., *Antiq. rom.*, IV, 10, *juris.* Noodt, ad. l. *De proc.*
(6) Arg. della legge 90 D, *de acq. haered.* (Paolo.)
(7) Cajo, II, com. 95. — Vico, *loc. cit.* — Ortolan à esposto assai bene questo punto di diritto, *Inst.*, prefazione, p. LXI, LXII, e p. 150 e 360, 761 e 871. V. il mio com della *Fidejussione*, n.° 56.
(8) Cajo, IV, *com.* 82. Giustiniano, *De iis per quos agere possumus.* Ulp., l. 1, § 2, D., *de procurat.*
(9) *Infra*, n.i 41 e 511.
(10) Cajo, IV, *com.* 82. — Heineccius, *Antiq. rom.*, IV, 10, 3.
(11) *Infra*, n.° 511.
(12) Vedete su questa proposizione la mia *Influenza del Cristianesimo sul diritto romano.*

altri, l' affare lecito che è stato affidato alla sua buona fede ed alla sua prudenza, e di cui deve dar conto (1). A renderlo perfetto, concorrer debbono due volontà: una che dice all' altra: *rogo*, e questa che risponde: *recipio* (2).

6. Ma, prima d' insistere su ciascuna delle parti che compongono la suddetta definizione, noi faremo osservare che la parola mandato à due significati: l' uno più esteso, che prende il mandato nel senso da noi datogli al numero precedente; l' altro più ristretto, che l' usa come sinonimo di commissione o ordine per agire e di procura.

Nel primo paragrafo dell' articolo 1984 del Codice civile (1856 LL. civ.) la parola mandato è adoperata e definita in quest' ultimo senso (3). La procura è un atto unilaterale che esiste pria dell'accettazione del mandatario. E per l'opposto, il mandato preso nel primo senso non è perfetto se non con la riunione della volontà del mandante che dà la commissione, e del mandatario che l' accetta.

Doneau à preteso che la parola mandato significhi tassativamente la commissione data dal mandante, e ch'essa da sè sola non importi l' idea di un contratto perfetto e di una obbligazione stabilita: « *Mandati obligationem dua-* « *rum rerum conjunctione contrahi*; *mandato* « *et mandati susceptione* (4). »

Sì fatta idea sa d' investigazione troppo corta; essa è falsa; ed Hilliger, comentatore di Doneau, a malgrado della sua predilezione per costui, non à potuto astenersi dal confutarla (5).

Noi non disconveniamo che la parola mandato può essere presa ed è talvolta adoperata nel senso che Doneau le attribuisce, e l' articolo 1984 (1856 LL. civ.) ne è la pruova. Ma non vogliamo che si sostenga esser questo significato il solo vero. Ve n' à un altro non meno usato e non meno giuridico, il quale prende la parola mandato come il nome legale del contratto istesso che forma il soggetto del presente comento (6). Ora, il mandato, in qualità di contratto, abbraccia necessariamente la riunione della commissione data e dell' accettazione; ed in tal caso non v' à contratto di mandato se non in quanto alla volontà di dare una commissione si aggiunga quella d'incaricarsene e di eseguirla. Doneau snerva dunque il significato della voce mandato, e ne ristringe arbitrariamente l' estensione, quando vuole che la si limiti al solo fatto del mandante.

Assai più esatto è stato Cujacio nell'insegnare che l'espressione mandato conserva il suo senso legale allor quando il linguaggio della legge la impiega per dinotare il contratto stesso nella sua integrità, non già una sola delle parti di tal contratto. La richiesta e l'accettazione, il *rogo* ed il *recipio* sono due termini il cui insieme costituisce quello che acconciamente chiamasi mandato, ed è affatto permesso di non disgiungere dal mandato la circostanza essenziale dell' accettazione. *Haec duo verba: ROGO et RECIPIO, citra stipulationem, perficiunt mandatum.*

7. Ma cosa mai giudicarsi deve della definizione che l' articolo 1984 (1856 LL. civ.) ci dà del mandato? A mio modo di vedere, essa manca d' esattezza (7), e quindi non è creduto di doverla seguire. Io attacco pur anche una certa importanza a significarne i difetti; chè gli abbagli del legislatore non sono mica indifferenti come quelli d' un autore. Gli spiriti disattenti, gl' intelletti limitati la cui vista non va mai al di là del testo, i litiganti di cattiva fede che ànno bisogno di cavilli, trovano nelle cattive definizioni, gli uni de' lacci, gli altri de' sotterfugi.

8. L'articolo 1984 (1846 LL.civ.), dopo aver messo in veduta, come doveva, i due termini la cui riunione fa nascere il contratto di mandato, insiste sul primo termine, sulla commissione di agire; gli assegna un nome e ne determina i caratteri. Ma esso cade immediatamente in un gravissimo errore, e scema all' eccesso l' idea che dee farsi d'una procura, quando vuole che il procuratore o mandatario faccia la cosa non solamente pel mandante, ma anche in nome di questo stesso mandante. È necessario forse di dirlo? vi à una quantità di casi ne' quali il mandatario non agisce affatto in nome del mandante, sebbene agisca per lui. È assai risaputo quell' uso di commercio mercè cui si costituiscono de' mandatari i quali contrattano co'terzi, in loro proprio nome, e si obbligano personalmente, quantunque non sieno che gli altrui procuratori (8). Sì fatto modo di procedere non è soltanto particolare agli affari di commercio; da che à luogo frequentissimamente nelle materie civili. Pothier ne assegna degli esempi usuali (9); e la pratica e l' esperienza ne offrono quotidianamente. Se voi pregate il vostro amico che parte per

(1) Cujacio caratterizza in tal guisa il nostro contratto: *Mandatum igitur est conventio, qua is qui quid rogatur, procuratoris animo, id se recipit gratuito daturum, facturumve.* (*Parat.* sul codice *Mandati.*)

(2) Cujacio, *loc. cit.*

(3) Disc. del trib. Bertrand de Greuille (*Fenet*, t. 14, p. 605).

(4) *Loc. cit.*, n.° 3.

(5) Nota (1).

(6) Vinnius, Inst., *De Mandat.* (in princip.).

(7) Dello stesso avviso son tutti gli Autori. (V. il mio com. della *Locazione*, t. 3, n.° 810.)

(8) V. l' articolo 91 C. di com. (87 LL. di ecc. per gli affari di commercio), che dimostra il vizio di redazione dell' articolo 1984 (1856 LL. civ.), e fa conoscere la verità della nostra critica.

(9) V., per esempio, *Mand.* n.° 88. Consultate ancora ciò che io dico *infra*, n° 519.

la Svizzera di riportarvi un oriuolo da Genova; se scrivete al vostro amico di Nancy di comprarvi a Baccarat un vaso di cristallo con danaro pronto contante e di rimettervelo col primo mezzo a Parigi, è chiaro che questo amico non à bisogno affatto di far sapere al venditore che agisce in vostro nome. Ed in vero, cosa ne importa al venditore che è pagato a pronti contanti? Il mandato è in tal caso un affare che riguarda soltanto voi e l'vostro amico.

Finalmente, per non moltiplicare le citazioni, contentiamoci di ricordare il contratto di commissione di lavoro che dà una mentita tanto notevole all'articolo 1984 (1856 LL. civ.).

L'articolo 1984 (1856 LL. civ.) non si è dunque spiegato con una rigorosa esattezza. Per giustamente interpetrarlo, à d'uopo prenderlo in un senso indicante il caso più comune e non già in un senso limitativo e proibitivo (1). Secondo le idee che dominarono nella costituzione del mandato presso i Romani, è certo che il mandatario non poteva agire in nome del mandante (2); ecco il punto di partenza. Ora, nel passaggio di queste idee fino a noi, sarebbe avvenuto, non solamente che si avrebbe modificata e dilatata la suddetta posizione del mandatario, ma che la proprietà essenziale del mandato sarebbe stata di escluderla interamente, per sostituire alla medesima posizione un ufficio sempre rappresentativo!! Questo è quello che non possiamo ammettere.

9. Ciò non è tutto. L'articolo 1984 (1856 LL. civ.), dopo aver data la definizione della commissione di agire, si limita a ravvicinare la stessa commissione all'accettazione, e fa credere che la definizione del contratto di mandato segua naturalmente e forzatamente questa aggiunzione. Ma s'inganna. Quel che in fatti era pria dell'accettazione una semplice *facoltà* d'agire, diventa, dopo l'accettazione, un'*obbligazione* d'agire; ed il mandatario non solamente à la facoltà di agire, ma ne à pure il dovere. Ora, l'art. 1984 (1856 LL. civ.) non esprime affatto questa parte dell'ufficio del mandatario; e farebbe pur credere, qualora lo si prendesse alla lettera, che il mandatario possa rinunziare il mandato in ogni stato di causa, e procedere in modo da fare intendere che la facoltà rimanga subordinata al suo arbitrio (3). La cosa intanto non va così; e se si combina l'articolo 1984 (1856 LL. civ.) con l'articolo 1991 (1863 LL. civ.), si rileva che il mandatario è *tenuto ad eseguire il mandato*. La parola *facoltà*, usata sola nell'articolo 1984 (1856 LL. civ.), è quindi insufficiente ed ingannevole (4).

10. Presentemente che si riconoscono i vuoti ed i vizi della definizione dell'articolo 1984(1856 LL. civ.), noi svilupperemo quella che dianzi abbiamo data, riportandoci a Cujacio (5).

Abbiamo detto che il mandato è un contratto consensuale. In fatti, esso è perfetto col consenso (6), e non è del numero de' contratti i quali, come il deposito, richieggono la tradizione d'una cosa (7). Appena che la volontà del mandante e quella del mandatario si sono raffrontate, il contratto à toccato il suo ultimo grado di perfezione. Il mandatario si assoggetta a tutti gli obblighi enumerati negli articoli 1991 e seguenti (1863 e seguenti LL. cc.), ed il mandante si assoggetta a tutti gli altri indicati dagli articoli 1998 a seguenti (1870 LL.civ.) (8).

11. Abbiamo aggiunto che il mandato è imperfettamente sinallagmatico. In vero, la sola obbligazione che principalmente e direttamente produce è quella del mandatario, il quale, con l'accettazione della procura, resta impegnato a far la cosa di cui si tratta, ed a renderne conto(9). Perciò i Romani chiamavano si fatta obbligazione *obligatio mandati directa* (10). Quanto all'obbligazione del mandante d'indennizzare il mandatario, è dessa indiretta (*obligatio mandati contraria*): essa procede meno da un obbligo particolare al mandato e specifico, che dal principio generale di non potersi arricchire col danno altrui. Essa inoltre non deriva altrimenti che *ex post facto*, e non da una inevitabile necessità; perciocchè se il mandatario non à speso alcuna somma, e qualora non gli è stato promesso verun premio, il mandante è esente da qualunque obbligazione; mentre che per l'opposto non può esistere mandato senza che il mandatario contragga, per una necessità insuperabile, l'obbligo di fare e di rendere ragione (11).

(1) Delamarre e Lepoitevin, t. 1, n.° 26, *in fine*, e t. 2, n.° 342. — Mia com. della *Locazione*, t. 3, n.° 810. — Un articolo da me pubblicato, *Rivista di legislazione*, t. 16, p. 69. — Pothier, nella definizione del mandato, non richiede che il mandatario agisca in nome del mandante. (Mandato, n.° 1.)

(2) *Supra*, n.° 4.

(3) Mio com. della *Locazione*, t. 3, n.° 810. — Sigg. Championnière e Rigaud, t. 2, n.° 1479.

(4) *Infra*, n.° 13.

(5) *Supra*, n.° 4. Ecco la definizione di Merlin: una convenzione con la quale taluno assume il carico di fare qualche cosa per un'altra persona. (Repertorio v.° *Mandat.*) — *Junge*: Championnière e Rigaud, t. 2, n.° 1479.

(6) Paolo: *Consensu contrahentium consistit*. L. 1 D., *Mandati* (lib. 32, *ad edict.*) — *Junge* l. 2, *De oblig. et actionib.*

(7) Articolo 1919 C. c. (1791 variato LL. civ.).

(8) Pothier, n.° 4.

(9) *Infra*, n.i 28 e 39, e 107.

(10) Ulp. lib. 12, §. 7 e 9, D., *Mandati*.

(11) Pothier, n.° 5. — *Junge* mio com. del *Prestito*, n.i 7, 198, 246, e mio com. del *Deposito*, 7. Delamarre e Lepoitevin, t. 1, n.° 96. *Infra* mio com. della *Fideiussione*, n° 522.

12. Abbiamo dato al mandatario il nome di procuratore lo conosco per altro che un dotto giureconsulto, Hilliger, pretende che fra il procuratore e 'l mandatario esiste la differenza della specie al genere: *Differunt ut genus et species. Omnis procurator mandatarius, non contra* (1). Aggiunge poscia seguitando come per esempio: *Qui ex meo mandato, alteri dat pecuniam, pro me fidejubet. Mandatarius est, non procurator.* Ma Hilliger non dà forse alla voce mandato un' estensione troppo grande? Non le fa egli oltrepassare le qualità caratteristiche nelle quali deve rimaner contenuta per esprimere la speciale azione di cui qui ci occupiamo?

Senza dubbio Hilliger avrebbe ragione, se si volesse indicare col nome di mandato tutti gli ordini o commissioni di fare; ma non potrebbe esserne così. L'ordine che io do al mio conduttore per farmi un carriaggio, che mi è riserbato col mio contratto di affitto, non dev'essere allogato nella categoria del mandato; esso si rannoda col contratto di affitto. Lo stesso è a dirsi della commissione di cui incarico il mio domestico. Cicerone lo à detto egregiamente: *Non omnes sunt, aut appellantur procuratores, qui negotii nostri aliquid gerunt* (2). Presso i Romani non venivano col mandato confusi gli ordini che il padrone ed il padre di famiglia davano a lo schiavo o al figlio *in potestate*, i quali, essendo in dovere di ubbidire, erano obbligati, non già *ex mandato*, ma per effetto del loro stato di dipendenza (3). È d' uopo quindi osservare, in questa materia, se l' ordine o commissione non finisce ad una speciale azione distinta dal mandato. Nel caso affermativo, sarebbe affatto inutile di cercare un procuratore, un mandatario, da che trattasi di tutt' altra cosa che di mandato. Ma, ogni qualvolta l'azione sarà concentrata nei termini del mandato propriamente detto, colui che avrà accettato l'ordine o commissione potrà sempre essere qualificato per procuratore: questa è la dottrina de' Doneau (4), de' Cujacii (5); e questo è quanto ànno positivamente dichiarato le leggi Romane (6). D'altra parte, quale definizione potrebbe darsi del mandatario diversa da quella che Ulpiano à dato del procuratore: *Procurator est qui aliena negotia, mandatu domini, administrat* (7)? In fine, l' articolo 1984 (1856 LL. civ.), imperfetto sotto tanti rapporti, qui dice bene, quando del mandatario e del procuratore stabilisce due sinonimi; esso parla il vero linguaggio del diritto.

13. Aggiunge la nostra definizione che il mandatario s' obbliga di fare: ciò à importanza.

Il mandatario, se prima d' accettare la commissione non deve che alla sola sua buona volontà la risoluzione di assumere il carico dell' affare, dopo la sua accettazione egli è ligato strettamente a numerosi doveri, i quali d' allora in poi sono obbligatori per lui. *Ab initio voluntatis, ex post facto, necessitudinis.* Padrone in sul principio di accettare o di rifiutare la missione proposta alle sue cure, ei ne diventa schiavo allorchè le cose, per effetto del suo assentimento, non sono più nello stato primiero (8).

14. Ora, poichè il mandato impone un obbligo, ed il mandatario à contratto un'obbligazione caratterizzata, non vorrà confondersi quest' istessa obbligazione co' servigî di cortesia che una persona consente fare ad un'altra senza esserne tenuta e senza intendere di legarsi. Io ripeto: il mandato che nella sua origine era un semplice atto officioso, si traduce indi a tanto in un atto di obbligazione e di necessità. Ma i servigi che si fanno non ànno tutti questo carattere; non vanno a terminare a tale scopo giuridico. Ve n' à di quelli che sono di tolleranza fino al termine. Spetta al giureconsulto l' esaminare se le parti abbiano o pur no voluto passare sotto il giogo d' un contratto produttivo di peso, di obbligazione e di azione.

Per conseguenza di sì fatta estimazione di cose fa d' uopo giudicare che colui il quale fa un servigio per pura compiacenza ovvero per umanità (9), non s' impegni nè come mandatario nè come locatore di opere. Un soccorso benevolo rimane nella periferia degli atti volontari e liberi: esso non à per causa un *vinculum juris* (10).

15. Per la qual cosa Ulpiano insegna dommaticamente come, perchè la gestione prenda il carattere di mandato, bisogna che la persona cui si è dato il carico de' propri interessi abbia inteso di agire *procuratoris nomine* (11); giacchè essa se à voluto dare o degli avvertimenti dettati dall'amicizia, o anche de'consigli, non à contratto obbligazione alcuna; non è tenuta se

(1) Su Doneau, lib. 13, c, XI, nota (1) della pagina 864.
(2) *Pro Cecina*, n.° 20.
(3) Haineccius sulle Instit., *Mandati*, § 954. V. il titolo del Digesto *Quod jussu.*
(4) *Quem uno verbo mandatarium et procuratorem in usu juris nominamus.* Lib. 13, c. XI, n.° 1.
(5) V. *supra*, n.° 4, nota, la definizione del mandato: *animo procuratoris*, dice Cujacio.
(6) L. 10, §. 7, D., *Mandati.* — Ulpiano, perchè vi sia mandato, richiede *animo procuratoris.*
(7) L. 1, D., *De procurator.*
(8) *Supra*, n.° 9.
(9) La legge 2 D., *De proxeneticis*, in cui si trovano le parole *philanthropiae nomine*, non è applicabile al suddetto ordine d' idee. Ulpiano chiama col nome di *philantropium* la mercede del sensale (Cujacio, *Osserv.*, lib. XI, c. 18), e dice che, a malgrado del premio, costui non è reputato obbligarsi anche quando avesse magnificato l' affare.
(10) Casaregis, *disc.* 30, n.i 40, 42, 43. L. 12, D., *Mandati*, e 1, *fin.*, C., *Quod cum eo.*
(11) Ulp., l. 10, § 7, D., *Mandati*, e Cujacio citato *supra*, n.° 4 (*nota*).

non in quanto avesse commesso un dolo (1). *Nemo*, dice Cajo (2), *ex consilio obligatur, etiam si non expediat ei cui dabitur*; *quia liberum est cuique apud se explorare an expediat sibi consilium*. E Ulpiano: *Consilii non fraudulenti, nulla obligatio est* (3). Vi à ona differenza enorme fra il mandato ed il coosiglio. Se io fo liberamente quel che il mio amico mi à lealmente consigliato, di che mai potrei dolermi in caso di disavventura? Era questo un ordine ch' ei mi dava? Noo era io forse libero di seguire il suo avviso (4)? Avrei senza dubbio un'azioone contra di lui, se il coosiglio fosse fraudolento (5). Ma, pure in questo caso, essa non sarebbe l' azione *mandati*, sì bene l' altra *de dolo* (6).

Ecco un esempio di tale regola: lo ò a Roma un msodatario, al quale scrivo di ooo impiegare i miei capitali se noo dopo aver consultato Sempronio, mio amico: costui dà un parere leale al mio rappresentante; ma succede che l'impiego consigliato è cattivo. Avrò io una azione contra Sempronio? No. Egli è ioterveuuto ne' miei affari per pura compiacenza, e non aveva mai accettato un vero mandato. *Non animo procuratoris intervenit*, *sed affectionem amicalem promisit in monendis procuratoribus*: son queste le espressioni di Ulpiano (7).

16. Ecco perchè decide la giureprudenza che l' avvocato, il quale cade in errore nei consulti che dà ai suoi clienti, è immune da risponsabilità ogni qualvolta noo à usato frode o dolo rispetto a loro per iodurli in errore (8). In geoerale l' imperizia è una colpa (9); ma non è iofallibilmeote uo dolo. E siccome il cattivo consiglio non obbliga qoegli che lo riceve; siccome questi non è obbligato di seguirlo, e se vi si è uniformato, lo è per un effetto della sua piena ed iotera libertà, il suo volontario asseoso cancella l' imprudeoza del consultore, ovvero, in ogni caso, la compensa con una eguale imprudenza. Duoque bisogna dire con Bartolo: *Consultor*, *qui imperite consuluit*, *non tenetur*, *nisi de dolo* (10). Ciò non impedisce affatto che l' avvocato imprudeote non possa esser chiamato a dar conto della sua condotta dinanzi la Camera di disciplina, custode dell' ooore e della dignità di questa nobile professiooe. Ma, per ciò che cooceroe la parte alla quale il coosultore à dato il suo parere, non v' à affatto regresso legale (11).

D' altra parte è necessario riflettere, per attenuare la risponsabilità morale dell' avvocato, che le materie sulle quali egli suole dar consigli sono ordinariamente difficili e soggette a controversia, e che sovente l' errore à campo negl' ingegni più atteoti.

17. Quel che diciamo degli avvocati, fa d' uopo sia applicato ai notai, agli agenti di cambio, ecc., ecc., i quali partecipano la loro opinioue sopra un affare ad un clicote che loro la domanda. Ciò è anche il caso della regola: *Nemo ex consilio obligatur*. Difficilmente si capisce come fra i motivi d' un arresto del 17 novembre 1834 la Corte reale di Parigi abbia affermato, contro l' autorità di tanti testi e di autorevoli opinioni, che il consiglio sia una sorgeote di risponsabilità (12). Questo motivo (del resto inutile per la decisiooe) noo può essere se non l' effetto d' una momentaoea distrazione. La regola non è perciò in minor vigore.

18. Ed essa sarebbe applicabile quaodo anche il notaio e l' agente di cambio avessero in buona fede esaltato l' affare come buouo: « *Si proxeneta*, dice Ulpiano, *intervenit faciendi nominis*, *ut multi solent*; *videamus an possit quasi mandator teneri? Et non puto teneri*, *quia hic monstrat magis nomen*, *quam mandat*, *tametsi* LAUDET NOMEN (13). » Nè il notaio nè l' agente di cambio ànno inteso di assumere la riuscita dell'affare sotto la loro personale risponsabilità: eglino àn detto la loro opinione, ed ecco tutto; non ànno inteso di obbligarsi nè come mandatari nè come maodaoti (14).

19. Avverrebbe diversamente, secoodo il presidente Favre, se il consiglio fosse stato dato con tali circostanze da persuadere il cliente a far quello che non voleva, e quello che non avrebbe fatto, senza l' ioterposizione d'una persona la quale, con la sua autorità, trascina la coofidenza di lui, e gli lascia credere ch' essa

(1) *Id.*
(2) L. 2, §. 6, *Mandati. Junge* Giustiniano *Instit.*, §. 6; D., *Mandati.*
(3) L. 47, D., *De regulis juris.*
(4) L. *In re mandata*, C., *Mandati.*
(5) Ulp., l. 47, D., *de regulis juris.*
(6) Favre sulla legge 2, § 6, D., *Mandati*. Doneau, lib. 13, c. X, n[i] 12 e 13.
(7) L. 10, § 7, D., *Mandati.*
(8) Favre sulla legge 10, § 7, D., *Mandati.*
(9) L. 142, *De reg. juris.*
(10) Sulla leggo 10, § 7, D., *Mandati;* e nel suo com. della legge 2, applicando questa regola all' avvocato, egli aveva detto: *Si advocatus dederit malum consilium, non tenetur, nisi de dolo fecerit.*
(11) Vedete un arresto delle Corte di Cassazione del 22 dicembre 1840, ricorsi, cbe offra un arg. in sostegno della suddetta dottrina (Devill., 41, 1, 39).
(12) Dall. 35, 2, 15.
(13) L. 2, D., *de proxenet.*—Noodt à spiegato a meraviglia questa legge, *Interpret. juris*, lib. 4, c. 12, n. 4
(14) Arresto della camera de' ricorsi del 22 dicembre 1840 (Devill., 41, 1, 39).

si costituisce di lui agente (1): « *Si consilio meo persuasus id feceris, quod alioqui facturus non eras, teneor mandati* (2).

Quaatunque Nodt disapprovi questa opinione sul fondameato della meatovata legge 2 D. *De proxeneticis* (3), io non la credo mea solida. La legge di cui si vale Noodt non prevede se noa il caso ia cui l'agente iatermedio si è ristretto a magnificare sinceramente l'affare per lo quale à ravvicinato le parti. Ma la aostra ipotesi va più in là: essa suppone che il consultore à usato il suo ascendente sull'animo del suo cliente, e che la sua interposizione, le sue promesse e le sue raccomandazioni àn dato a credere a costui ch'ei voleva guarentirlo dell'affare. La giureprudeaza offre esempi di notari, i quali, in simili circostanze, sono stati dichiarati risponsabili. I giudici consulteranno i fatti; avranno riguardo alla qualità delle persone, ai loro lumi, alla loro posizione; indagheranno se quegli che à dato il consiglio noa aveva verun interesse a darlo. V'ànno in sì fatta materia mille gradazioai che possono meritar considerazione, e che il giudice noa vorrà trascurare. Ma, nel dubbio, egli noa supporrà agevolmente che colui, la missioae del quale ora soltanto di dare un consiglio, à voluto andare al di là, e farsi mallevadore della riuscita (4).

20. Ecco per altro vari casi particolari:

Ua notaio, sapendo che un sotto-uffiziale d'artiglieria, val dire una persona poco versata nella conosceaza degli affari, à capitali da impiegare, viene ad offerirsi spontaneamente per l'impiego de' capitali stessi; indica i mutuatari; assicura che costoro sono solvibili; ed il mutuo è per suo mezzo effettuato. Arresto della Corte di Douai del 22 dicembre 1840, che decide essersi il notaio costituito mandatario, e doversi da costui guareatire l'insufficieaza delle promesse sicurezze (5).

21. Un altro notaio, in vece di limitarsi alle sue fuazioni, si rende negoziatore d'un mutuo; scrive ad ua suo cliente proponendogli un buon impiego di 2800 franchi, ed intanto noa à fatto verun esame della solidità dell'offerta ipoteca. Tutto indica, per più, nella sua condotta che à voluto nascoadere talune circostanze le quali avrebbero distolta la fiducia del mutuante. Arresto della Corte di Rennes del 14 settembre 1841 che lo dichiara mandatario risponsabile e colpevole di una mancaaza equivalente a dolo. Sul ricorso, arresto della camera de' ricorsi del 14 dicembre 1841, che rigetta (6).

22. Una donzella Chrestien, poco abituata agli affari, si dirige ad un notaio di Tolosa per l'impiego di 20,000 franchi: essa era straniera a quel paese. Il notaio serve di mediatore nell'impiego, che alla fia de' conti trovasi cattivo. La donzella Chrestien intenta un'azioae per risponsabilità coatro il notaio: risponde questi: « Io sono stato vostro consigliere non « già vostro maudatario. » Ma, con arresto della Corte reale del 30 maggio 1829, il notaio è stato condannato: « Consideraado che dai di- « versi fatti pruovati aella causa, e special- « mente dalle rispettive qualità delle parti; « dalla circostanza che la dnazella Chrestiea « era straniera alla città di Tolosa; dall'av- « viso inserito in ua giornale; dalle particola- « rità noa negate da Ollier (notaio); dai suoi « abboccamenti coa la donzella Chrestiea; dal- « la mancaaza d'ogni relazione fra costei ed il « mutuatario sig. Suau; dall'elezione fatta del « domicilio di Ollier per i pagameati da farsi « alla donzella Chrestiea; dalla cura avuta da « Ollier di far prendere l'iscrizione ipotecaria, « dall'elezione di domicilio fatta presso di lui « . . . . emerge che la donzella Chrestien ave- « va dato e che il signor Ollier aveva accettato « *il mandato d'impiegare* con buona ipoteca « una somma di 20,000 franchi, ecc. (7). »

23. Vi sarebbero assai minori difficoltà qualora l'intervento del notaio si trovasse congiunto ad un espresso mandato di effettuare un impiego su buona e valida ipoteca. In qual modo allora gli sarebbe possibile di ristringersi all'uffizio di semplice consigliere?

Si è presentato questo caso alla Corte di Parigi, la quale, con arresto del 18 febbraio 1842, à proaunziato contro il notaio, con tanto più di ragione, perchè costui aveva egli solo trattato col mutuatario, avea fatte a sua premura le iscrizioni, le elezioni di domicilio, le intimazioai, ed era egli che riceveva e pagava gl'interessi alle loro scadenze, ecc., ecc. (8).

24. Era men chiara la seguente specie. Non v'era positivo mandato. Il notaio non altro avea fatto, che ricevere la somma del mutuo, e steader l'atto. Ma dalla ricevuta di questa somma deducevasi la pruova d'un mandato, la cui esistenza toglieva al notaio la qualità di consigliere. Determiniamo i fatti.

(1) Sulla legge 2, § 6, D., *Mandati*.
(2) Arg. delle Instit., *De Mandat.*, § 6, *in fine*, e Cajo, III, *com.* 156.
(3) *Probabil. juris*, l. 4, c. 12, n° 4.
(4) Parigi, 22 maggio 1832 (Dal., 32. 2, 130; Devill., 32, 2, 429): 16 agosto 1832 (Dal., 32, 2, 208; Devill., 32, 2, 567): 26 gennaio 1833 (Dall, 33, 2, 142; Devill. 33, 2, 157).—Cassaz., cam. civ., 19 marzo 1845; *Gazzetta de' trib.* del 4 aprile 1845.
(5) Devill., 41, 2, 139; Dal., 41, 2, 139.
(6) Devill., 42, 1, 143.
(7) Dal. 30, 2, 181.—Devill., 30, 2, 144.—*Junge* arresto della cam. civ. della Corte di cassaz., 19 marzo 1845. *Gazzetta de' tribunali* del 4 aprile 1845.
(8) Devill., 42, 2, 204.

Il sig. Grosbois, volendo effettuar l'impiego di 84,000 franchi, affida questa somma al notaio Bertinot. Un atto è disteso nel costui studio, mercè il quale Grosbois dà a mutuo questi 84,000 franchi a La Chesnaye, con ipoteca sopra due case. Le parti erano presenti all'atto; fu convenuto che il mutuatario si obbligava di produrre fra venti giorni un certificato comprovante che gl'immobili non erano gravati al di là di 40,000 franchi.

Inoltre, Bertinot avea assunto il carico di prendere l'iscrizione in pro di Grosbois.

Essendo stato consegnato il danaro a La Chesnaye pria che questi avesse fatto le promesse giustificazioni, ed essendosi trovate ambigue le cautele, Grosbois chiama in giudizio il notaio come risponsabile dell'esecuzione d'un mandato malamente amministrato, ed ecco il suo sistema d'attacco: Voi non eravate, diceva egli, il semplice redattore dell'atto disteso nel vostro studio. Voi nè pur eravate un semplice consigliere per le parti che si dirigevano a voi. Eravate mio mandatario. Io vi aveva con sì fatto titolo affidato 84,000 franchi per passarli nelle mani del mutuatario. Ma questo versamento, ai termini del contratto, non doveva mica esser puro e semplice; non dovea diversamente effettuarsi se non secondo taluue condizioni di sicurtà. Il mandato era complesso. — Obbligava, voi, mandatario, a non consegnare le somme se non dopo che le sicurezze richieste al mutuatario fossero state pienamente fornite. Ora, avete pagato gli 84,000 franchi senza che vi siate incaricato delle promesse di La Chesnaye e senza che le abbiate verificate. Dunque, vi siete tirata addosso la risponsabilità del mandatario che commette una colpa grave.

Questo sistema fu adottato dalla Corte reale di Parigi (1); e sulla discussione del gravame, la camera de' ricorsi giudicò che l'impugnata decisione era nel supremo dominio del giudice del fatto (2).

25. Può intanto parer severo l'arresto della Corte reale di Parigi, ed il rapporto del sig. Joubert gli diede tale qualificazione. Grosbois era presente quando il danaro fu consegnato nelle mani del mutuatario; l'atto di mutuo conteneva che la somma era stata immediatamente data a La Chesnaye. Non è egli evidente che la presenza di Grosbois toglieva ogni idea di rappresentanza della sua persona dal notaio? Non è forse manifesto che il pagamento era suo fatto proprio, volontario e libero?

Si allegava contro Bertinot che per uso si affida al notaio il deposito de' danari sino alla produzione delle giustificazioni ipotecarie che debbono terminare il mutuo e mandarlo ad effetto. Io non nego. Ma quest'uso non à l'efficacia di rendere mallevadore il notaio, se non in quanto quest'uffiziale ministeriale è incaricato d'agire per la parte ed in assenza di lei (3). Ma quando essa è presente, quando sotto i suoi occhi è effettuato il pagamento, col suo consentimento, di che mai può dolersi?

26. Io ripeto: se la giureprudenza à fatto bene di usare severità in talune circostanze nelle quali il notaio era uscito dalla sua qualità di semplice consigliere, non è men vero che sia nella prudenza de' tribunali lo stare in guardia contro le pretensioni di clienti troppo corrivi a rivolgere su di altri la risponsabilità di atti che debbon essere a loro stessi imputati. Al lato di arresti i quali ànno severamente trattato i notai, ve ne sono altri, del pari gravi, che li ànno salvati da ingiusti regressi. Ne ò citato qualcuno al numero 19. In generale, io penso che non sia convenevole spingere all'eccesso la risponsabilità de' notai, e che non bisogni circondar di molti pericoli le loro funzioni già tanto difficili e sì delicate.

27. Passiamo ad un'altra espressione della nostra definizione del mandato.

Abbiam detto che il mandatario si obbliga gratuitamente, o mediante una mercede, alla gestione che gli è affidata. Ma ciò dev'essere conferito con l'articolo 1986 (1858 LL. civ.), nel comento del quale tratteremo profondamente della gratuità del mandato, e, in seguito, della distinzione fra il mandato e la locazione di opere, fra la mercede ed il prezzo.

28. Abbiamo aggiunto che il mandatario deve amministrare e portar a termine l'affare che à ravvicinate le parti, val dire ch'egli dee fare tutti gli atti necessari perchè l'affare stesso abbia effetto. Sia che si tratti di fare, sia che si tratti di dare, il mandatario à contratto l'obbligo di nulla trascurare; e deve inoltre impiegare la sua opera sino al compimento dell'affare (4).

Del rimanente, queste ultime parole dicono abbastanza che l'affare, oggetto del mandato, non dev'essere terminato allorchè è fatto il mandato medesimo. *Negotii jam gesti nullum est mandatum*, come dicono i dottori (5).

Sì fatta verità d'intuizione è tanto evidente che si è tentato a credere dovesse essere portata sotto silenzio. Nulladimeno la sua pratica utilità apparisce dal seguente esempio:

(1) Arresto del 29 agosto 1834.

(2) 3 settembre 1835. Dal., 36, 1, 17 e 18.— Devill., 36, 1, 145—146.

(3) Io spiego in questo senso un arresto della Corte reale di Parigi del 5 marzo 1836 (Devill., 36, 2, 222.)

(4) Articolo 1991 C. civ. (1863 LL. civ.).—L. 22, § ultimo, D., *Mandati* (Paolo, lib. 32, *ad edict.*).—L. 27, § 2, D., *Mandati* (Cajo).

(5) Corvinus (*Enarrat*, Codice, *Mandati*). Secondo Ulpiano, l. 12, § 14, D., *Mandati*, il quale cita Papiniano.

Ignorando che voi avete fatto un prestito di 10,000 franchi ad un mio amico, il quale aveane bisogno per ristabilire il suo credito, io vi scrivo di numerargli per mio conto questa somma. Poichè voi avete per vostro interesse già compiuta la cosa che io aveva in veduta per mio conto, il mio mandato è senza oggetto; esso rimane come non avvenuto.

Indarno vorreste ricongiungere il vostro imprestito all' ordine tardivo che vi ò trasmesso. Voi non ne avreste diritto se non in quanto avessi inteso rendermi fidejussore del mio amico; ma si fatta circostanza non si verifica nella specie. Io vi à fatto un mandato per un affare che credevo di poter fare; nè vi ò dato una malleveria per un prestito che non sapevo essere stato già effettuato (1).

30. La nostra definizione del mandato importa che l'affare affidato al mandatario debba essere lecito. Si è questa una bella massima di Ulpiano: *Rei turpis nullum mandatum est; et ideo hac actione non agetur* (2).

Il giureconsulto l' à improntata dai precetti di morale additati ne' libri filosofici di Cicerone e di Seneca. Sentiamo il primo:

« Blosio di Cuma parlava un giorno della « sua amicizia per T. Gracco, le cui volontà « aveva sempre eseguite. E s' egli vi avesse ri- « chiesto, gli vien detto, di metter fuoco al « Campidoglio!! — Non me l'avrebbe giammai « chiesto. — Ma alla fine, se ve lo avesse do- « mandato? — Avrei ubbidito!! — Voi vedete « quanto sia criminoso un tale detto (3)..... « Consacriamo dunque questo principio in ami- « cizia, che niente debb' esser chiesto e niente « accordato di colpevole (4)!! La prima legge « dell'amicizia sia quella di non pretendere dai « nostri amici e di non fare per essi se non se « quanto può essere approvato dall'onore (5). »

Ora vediamo Seneca (6):

« Vi sono delle cose nocevoli a coloro che « le ottengono. In tal caso, non mai la condi- « scendenza, si bene il rifiuto costituisce un be- « neficio. Siccome noi neghiamo l' acqua fred- « da ai malati, il pugnale agli afflitti che son « disgustati della vita....egualmente persistere- « mo a non accordare le cose nocive, quantun- « que ci venissero richieste con premura, con « umiltà, ed implorando la nostra compassione. « Fa d' uopo considerare l' origine e lo scopo « della nostra beneficenza. — Dicon taluni: lo « so che questo non gli sarà giovevole; ma egli « insiste ed io non posso non cedere. Dovrà pren- « dersela non già con me, ma con sè stesso. — « Voi siete in errore: ei si lagnerà di voi, non « senza ragione, quando avrà ricuperato il suo « buon senso, e si sarà calmata la febbre che « agitava la sua anima. Come mai non abbor- « rirebbe colui che à facilitato la sua rovina o « il suo pericolo? L' accordare un funesto favo- « re si traduce in un odio sotto vela di compia- « cenza. La nostra beneficenza adunque non « torni giammai a malo. *Non darò danaro « a chi vuole, a mia saputa, farne il prez- « zo dell' adulterio*, per non dividere con lui « il vituperio del fatto o dell' intenzione. Se ne « avrò il potere, lo richiamerò alla virtù; ma, « almeno, non mi renderà mica il complice di « un delitto, e non gli darò motivo di dir di me; « *La sua amicizia mi à perduto!!* »

Ecco una morale ammirabile. Il diritto à nobilmente seguito le sue orme quando proclama che tutto quello che ripugna all'onestà non produce alcun ligame di diritto: Cod. civ. art. 6 (LL. civ. articolo 7). Siccome non esiste una vendita valida di cose proibite (7), nè una valida società su cose contrarie ai buoni costumi (8), così non potrebbe esservi mandato per eseguire delle operazioni proibite dalla legge o dall' onestà.

Se dunque, giusta Seneca à detto (9), un uomo vi dà il mandato di pagare alla donna adultera, con la quale ei vive scandalosamente, una somma di danaro, che è il prezzo della costui lussuria, e voi con cognizione di causa eseguite tale commissione, non avrete l' azione di mandato: *Non habebis mandati actionem*, dice Ulpiano in un analogo caso (10); imperciocchè incoraggiate una pratica criminosa; siete il fautore e l' ausiliario della prava condotta che gitta la discordia nelle famiglie; e mancate alla probità, all' onore ed alla buona fede. *Quasi adversus bonam fidem mandatum sit*: son parole dello stesso Ulpiano.

Paolo dà un altro esempio (11): quello d' un mandato per spogliare un tempio, ferire od uccidere un uomo: « *Qui aedem sacram spolien- « dam, hominem vulnerandum, occidendumve, « mandatum suscepit, nihil mandati judicio « consequi potest, propter turpitudinem man- « dati.* »

Lo stesso sarebbe a dirsi del mandato per fa-

(1) Pothier, n° 6.
(2) L. 6, § 3, D., *Mandati.*
(3) *Videtis quam nefaria vox!* (*De amicitia*, XI.)
(4) *Id.*, 12.
(5) *Id.*, 13.
(6) *De benef.* lib. 2, c. 14.
(7) Articolo 1598 C. c. (1443 LL. civ.).
(8) Mio com. della *Società*, n° 85, art. 1833 (1706 LL. civ.)
(9) *De benef.*, lib. 2, c. 14.
(10) L. 12, §. 11, D. *Mandati.* Pothier, n° 8.
(11) L. 22, §. 6, D., *Mandati* (lib. 32, *ad edict.*). *Junge* Cicerone, *pro Roscio Amer.*, 33, 34, 35, e le Istit. di Giustiniano, §. 7, *De mandato*, l. 35, §. 28, *De cont. empt.*

re il contrabbando(1), per abbandonarsi ad operazioni vietate di borsa (2), per far la tratta dei negri (3), per tenere un luogo di prostituzione (4).

È pure un mandato contrario alle leggi ed intrinsecamente nullo ed immorale, quello di obbligarsi a trasferir de' beni a stabilimenti incapaci di riceverli. Vi sono intanto taluni i quali, nel caso di pie liberalità, scusano i mandati di simil genere, a cagione dello scopo. Ma, per le coscienze intere, la frode è maisempre un delitto. La religione ben intesa ributta dappertutto la menzogna.

31. In tutti questi casi, il mandato non produce verun'azione nè da parte del mandante, nè da parte del mandatario (5). Quegli non è ammesso a chiedere conto al mandatario; questi non è ammesso in giudizio a farsi indennizzare dal mandante (6). *Non habebis mandati actionem* (7)! Imperciocchè non potrebbe aprirsi il santuario della giustizia per coloro che si àn messo la giustizia medesima sotto a' piedi (8). L'uomo che à fatto un mandato contrario alla probità, all'onore ed alla pubblica onestà, è indegno d'essere ascoltato dai magistrati, i quali debbono giudicare secondo la probità, l'onore e l'onestà pubblica. E quanto al mandatario che, per eseguire tal mandato, à fatto anticipazioni, à sborsato danari, à sofferte perdite, come mai potrebbe credersi che v'à nel mondo un tribunale in cui i conti del delitto, dell'infamia o del dolo saranno liquidati con un credito a pro del colpevole? — In sostegno di sì fatta dottrina, rammentiamo il seguente arresto:

Sereno, contrabbandiere di professione, era stato incaricato da Scopa d'introdurre in frode talune mercanzie pertinenti a costui. Sereno, sorpreso nella sua operazione, era stato condannato ad un' ammenda di 2000 franchi, ed alle spese del procedimento ammontanti a 900 franchi. Egli chiamò Scopa in giudizio per farsi indennizzare con l'azione *mandati*. Ma Scopa si difese con gli art. 1108 e 1131 del Cod. civ. (1062 e 1085 LL. civ.), ed il tribunale di Vercelli e la Corte di Torino dichiararono mal fondata la domanda di Sereno (9). L'arresto à per motivi i principî della legge romana, riprodotti dal Cod. civ., e le ragioni di morale esposti con energia dai magistrati Piemontesi.

Sarebbe diversamente la cosa ove il mandatario fosse stato di buona fede; ed ei non è considerato esser di mala fede se non in quanto conosce l'azione illecita di cui si fa complice. Questa distinzione è formalmente autorizzata dalle leggi romane (10). Essa è stabilita da una costante giureprudenza. Io rimando a vari esempi ne' quali mi sono dilungato nel mio comento del *Giuoco* n[i] 76 e 77. Giova consultarli. Essi aggiransi su taluni casi, ne' quali la turpitudine del mandante, non essendo manifesta, à potuto essere ignorata dal mandatario, cui l'altro non à palesato i suoi disegni. Si è in questa specie di casi che i tribunali dovranno scrutinare i fatti con intelligenza, per non ammettere, senza motivo, la complicità del mandatario. Costui, ripetiamo, non è sfornito d'azione, se non in quanto è stato l'istrumento d'una azione che conosceva per cattiva: ma gli compete l'azione qualora è stato di buona fede (11).

32. Non basta che il fatto sia lecito e che, sotto il rapporto dell'ordine pubblico de' buoni costumi e dell'onestà, non dia luogo a veruna censura; fa d'uopo ancora che il mandato abbia uno scopo utile pel mandante; è necessario che venga conferito di tutta volontà, sia per procurare un guadagno, un vantaggio, una soddisfazione morale al mandante, sia per conservargli il patrimonio, per esimerlo da una perdita, per impedire che la sua condizione non peggiori. Ma un mandato che fosse dato per lo svantaggio del mandante non sarebbe di considerazione. Esso andrebbe contra lo stesso scopo del mandato, che è quello di procurare un beneficio, giusta l'osservazione di Paolo. « *Praeterea in causa mandati etiam illud vertitur, ut interdum nec melior causa mandantis fieri possit, interdum melior; deterior vero nunquam* (12). » Può inoltre dirsi fino a un certo punto che non sarebbe affatto convenevole l'adoperarsi in un mandato fatto per lo svantaggio del mandante.

33. Rimane a conoscere presentemente se il fatto commesso all'altrui fede non può cadere nel contratto di mandato che in quanto consiste in rappresentare il mandante riguardo ai terzi. Esamineremo questa quistione sotto l'articolo 1986 (1858 LL. civ.), e dimostreremo con le più accurate autorità che il circoscrivere

(1) Pothier, n° 7. — Sigg. Delamarre e Lepoitevin, *Contratto di commissione*, t. 1, n.° 66. — Arresto di Torino del 12 dicembre 1807 — Devill., 2, 2, 312. — Mio com. della *Società*, t. 1, n.° 86.
(2) Mio com. del *Giuoco* n° 73.
(3) Mio com. della *Società*, n° 86.
(4) *Id.*
(5) Favre sulla legge 22, § 6, D., *Mandati*. — *Infra*, n° 419.
(6) Pothier, n° 7. — Mio com. del *Giuoco*, n.[i] 74 e segg.
(7) Ulpiano sopra citato, l. 12, § 11. D., *Mandati*.
(8) V. mio com. del *Giuoco*, n° 171, in cui espongo i principî sull'azione *ob turpem causam*.
(9) Arresto del 12 dicembre 1807. — Dalloz., *Mandato*, p. 958. — Devill., 2, 2, 312 — Delamarre e Lepoitevin, n° 67.
(10) Ulp., l. 12, § 11, D., *Mandati*: *si tu sciens mandatum suscepisti.*
(11) Un arresto della Corte di cassaz. del 26 febbraio 1845. (Devill., 45, 1, 161) à confermato tutt'i principî che ò sviluppato nel mio *Contratto di giuoco*.
(12) L. 8, D., *Mandati* (lib. 32, *ad edict.*).

il mandatario in questa parte sarebbe lo stesso che ristringere arbitrariamente la latitudine del mandato. Però noi togliamo questo punto da la nostra definizione.

Nè pur diciamo, come si è sostenuto qualche volta (1), esser necessario giudicare che il mandante possa fare di per sè stesso ciò che fa in sua vece il mandatario. Imperciocchè vi à una quantità di casi ne' quali il mandatario è particolarmente chiamato ad effettuar quello che il mandante non potrebbe fare da sè medesimo. Un avvocato è il mandatario della parte che l'adopera, e pure questa non potrebbe esser ammessa a far da sè taluni atti che l' avvocato à il mandato d' effettuar per lei e nell' interesse di lei (2).

34. Nella nostra definizione del mandato abbiamo aggiunto che il mandatario deve agire sull' ordine o per conto d' altrui. Ed in vero, non si potrebb' essere mandatario quando si agisse per sè medesimo e senza l'altrui commissione. Il mandato è incompatibile con sì fatto stato di cose.

A ciò si ricongiunge una celebre dottrina del diritto romano, esposta da Giustiniano (3), ed improntata dagli scritti del giureconsulto Cajo (4). Il mandato, se interviene nell' interesse del mandatario, dicono le Instituta, è vuoto di senso, e non produce nè obbligazione nè azione. « *Si tua tantum gratia mondatum sit,* « *supervacuum est, et ob id, nulla obligatio,* « *nec mandati, inter vos, actio nascitur.* » In fatti, se io dico a qualcuno: « Acquistate de« gl' immobili piuttosto che dare ad interesse « il vostro danaro ; » — ovvero : « date ad in« teresse il vostro danaro in vece di far com« pera d' immobili, » non fo con ciò un mandato. Non altro v' à, tutt' al più, che un consiglio dato a qualcuno su i propri suoi affari (5).

35. È vero che, in taluni casi, il mandato può non essere estraneo agli affari dello stesso mandatario (6). Ma ciò avviene per quanto il suo interesse trovasi mischiato a quello di un' altra persona cui riguarda più direttamente il mandato. « *Quia scilicet,* dice Cujacio, *et meo nego-* « *tio tuum aliquatenus admixtum fuerit* (7). » Quindi il mandato può simultaneamente concernere il mandante e 'l mandatario (8): come, per esempio, quando Pietro dà ordine a Francesco di mutuare a Giacomo una somma di danaro che quest' ultimo deve impiegare in pro del primo. Tale mandato interviene evidentemente nel principale interesse del mandante, di Pietro ; ma esso non è nè anco estraneo all' interesse del mandatario che mutua il suo danaro e ne ritrae de' vantaggi (9). Altro esempio : il mio debitore mi delega a suo rischio il suo debitore. Sì fatta delegazione racchiude un mandato. Io sono il suo rappresentante, e farò gli affari suoi litigando contro il suo debitore. Ma farò pur anco i miei, giacchè provvederò simultaneamente alla riscossione di quello che mi è dovuto : *Debitum meum persequar* (10).

Il mandato può anche concernere il mandatario ed un terzo : per esempio, se vi ordino di mutuare a Tizio una somma della quale à bisogno (11).

Ma, in tutt' i suddetti casi, l' interesse del mandatario non è isolato. Un altro interesse sostiene il mandato. Che se il mandato fosse fatto nel solo di lui interesse, non avrebbe efficacia.

36. Questo interesse predominante non solamente, come si è detto, non dee di necessità posare sulla persona del mandante, ma il mandato può esser fatto eziandio nell' esclusivo interesse di un terzo (12). Nella giureprudenza è questo ben confermato. Indarno si direbbe che il mandante stipula per altri, e che le stipulazioni per altri non sono valide. La risposta si è, che, incaricando un mandatario di amministrar l' affare di un terzo, io rimango obbligato a render conto a questo terzo, il quale à contro di me l'azione *negotiorum gestorum*. Da tal punto in poi io ò interesse in ciò, che il mandatario adempia il suo mandato con diligenza ed esattezza, per essere al sicuro da un regresso dalla parte del terzo (13). Il mandato à dunque un fondamento importante ; esso poggia sopra un interesse : dev' essere eseguito.

In conseguenza, posso convenire con Francesco che faccia le vendemmie di Giacomo, la cui assenza pone in pericolo il ricolto. Se Francesco, dopo essersi preso l' assunto di tal man-

(1) Mio com. delle *Locazione*, n° 834.
(2) *Loc. cit.*
(3) Instit., *De Mandato.*
(4) L. 2, D., *Mandati*, e 3. *Com.* 155, 156.
(5) Voet, *Mandati*, n° 4, secondo Cajo, l. 2, §. 6, D., *Mandati*, e l. 1, §. 14, D, *Depositi*; in fatti, dice Cajo : « *Dagis est consilium quam mandatum.* » l. 2. §. 6, dianzi indicata.
(6) Inst., *loc. cit.* — Cajo, 3, *Com.* 155. 156, l 2, §. 4. D, *Mandati.*
(7) Sulla legge 22, §. 2, D., *Mandati* (l. 32, *Pauli ad edict.*).
(8) *Id.*
(9) Vinnius, Inst., *Mandati*, § 2.
(10) Paolo, l. 22, § 2, D., *Mandati.* — Vedete Cujacio su questa legge, lib. 32, *Pauli ad edict.* Il quale fa osservare che lo stesso Paolo, nella l. 45, § 7, D., *Mandati*, è rivenuto con una specie di affettazione su questi casi.
(11) Inst. *loc. cit.* — Cajo, l. 2, § 5, *Mandati.* — Ulpiano, l. 12, § 13, D., *Mandati.*
(12) Inst., *loc. cit.*, a Cajo.
(13) Pothier, n° 17, e Javolenus, l. 28, D., *De neg. gestis.*

dato, ricusa di eseguirlo, io posso costringerlo in giudizio; e reciprocamente, egli avrà azione contro di me perchè io lo rimborsi delle spese.

37. Ad onta della regola che il mandato non potrebbe contenere il solo vantaggio del mandatario, si riconoscono in diritto de' procuratori denominati *procuratores in rem suam* (1), i quali agiscono per loro proprio profitto, non già per utilità del mandante. Questi son coloro che si àn fatto cedere le azioni di qualcuno, e che procedono sotto il suo nome o in sua vece, nel loro proprio interesse (2). Sì fatto stato di cose non contraddice che in apparenza la nostra regola. In realtà, un tal mandato prende la sua origine nell'interesse del mandante. Il mandatario lo rappresenta nella sua azione contro i terzi.

38. Ma ripigliamo la nostra definizione. Abbiamo detto che l'affare il cui oggetto costituisce il mandato è posto sotto la salvaguardia della buona fede ed è affidato alla prudenza del mandatario. Questo è essenziale. L'articolo 1992 (1864 LL. civ.) ci offrirà occasione di sviluppare questa idea. Il mandato vive di buona fede. Tanto il mandante mostra di confidenza in questo *alter ego* che incarica de' suoi interessi, altrettanto il mandatario deve corrispondervi col suo zelo, la sua probità e la sua scrupolosa delicatezza. I Romani notavano d'infamia il mandatario che si era fatto condannare con l'azione *mandati*.

39. Finalmente la nostra definizione menziona l'obbligo del mandatario di render conto della sua gestione. È questo un punto essenziale che non potevamo passar sotto silenzio. L'articolo 1993 (1856 LL. civ.) lo metterà in veduta, e ci fornirà l'occasione d'insistere su tale obbligazione (3).

40. Or che sono accennati i tratti caratteristici del mandato, potrà agevolmente distinguersi questo contratto da certe azioni con le quali à de' punti di relazione. Cerchiamo entrare in qualche dettaglio per farne derivare delle differenze che è necessario mantenere.

41. Ogni mandato suppone un ordine di agire (4). Ma ogni ordine d'agire non può essere rapportato alla classe del mandato. Nel diritto romano, per esempio, il linguaggio giudiziario adoperava diverse espressioni per dinotare l'ordine che una persona dà ad un' altra in forma di mandato, e l'ordine che s'ingiunge a qualcuno che si à sotto la propria obbedienza e la propria dipendenza. Nel primo caso dicevasi *mando*, nel secondo *jubeo*. Quando ordinavasi una cosa ad uno schiavo, ad un figlio sotto potestà, questo comando veniva chiamato *jussum* (5), e non lo si confondeva con un mandato (6). In fatti, il mandato suppone che la persona cui esso vien diretto sarà padrona di ricusarlo. *Mandatum non suscipere cuilibet liberum est* (7). La parola *jussum* indirizzasi, per l'opposto, a qualcuno che non à affatto la libertà della scelta, e 'l cui dovere è di ubbidire.

Da queste due posizioni di cose derivavano risultamenti assai diversi. Ecco come: secondo gli antichi principî del diritto romano, il mandatario non rappresentava il mandante rispetto ai terzi. Egli obbligavasi personalmente con costoro, i quali obbligavansi direttamente con lui; il mandante rimaneva estraneo da ogni contatto giudiziario con i terzi (8). Fu dopo tempo, e con un progresso assai lento nella giureprudenza, che in mezzo alle azioni utili, il mandante, messo in luce, rappresentò una parte attiva e passiva in ciò che concerne i terzi (9).

Al contrario, quando una cosa era stata fatta per ordine di una persona che s'era servita del suo schiavo, di suo figlio sotto potestà, ecc., le azioni attive e passive riflettevano direttamente sù questa persona. *Nam quodammodo cum eo contrahitur qui jubet* (10). Il pretore dava l'azione detta chiamata *quod jussu*, contro il padre di famiglia ed il padrone il cui ordine erasi eseguito (11).

In seguito, questa differenza divenne più apparente che reale, poichè avendo la giureprudenza introdotto delle azioni utili per agire *recta via* contro il mandante (12), la persona che avea fatto un mandato (*mandatum*) fu assimilata a quella che aveva dato un ordine (*jussum*).

Tuttavolta, fra le due posizioni di cose rimase una gradazione degna di considerazione. Da una parte, la libertà di non accettare il man-

(1) L. 4, D., *De re judicata*. — L. 4, C., *De procurat.* — Voet, *De procurat.*, n° 8.

(2) L. 4, C., *De procurat.* Si potrebbe pur citare come esempio l'immissione nel possesso provvisorio de' beni di un assente. Articolo 125 C. c. (131 LL. civ.).

(3) *Infra*, n° 414.

(4) *Supra*, n° 8.

(5) V. il titolo del Digesto *Quod jussu*, e le Instit., *Quod cum eo*.

(6) Heineccius sulle Instit., *Mandati*. § 954, n° 5.

(7) Instit., *De mandato*, § 11.

(8) Ulpiano, l. 43, D., *Mandati*. *Supra*, n° 4. — Ortolan, *Instit.*, l. 2, p. 873. *Infra*, sull'articolo 1997 (1869 LL. civ.) n° 511.

(9) *Infra*, sull'articolo 1997 (1869 LL. civ.), n° 511.

(10) Ulp., l. 1, D., *Quod jussu*.

(11) Cajo. IV, *com.* 70

(12) Papiniano, l. 19, D., *de Instit. act.*, e Cujacio, su questa legge, nel suo comento del lib. 3 de' responsi di questo giureconsulto. *Junge* Ulpiano, l. 13, § 25, D., *De act. empt.*, e l. 10 § 5. D., *Mandati*. In questi due testi egli prende l'autorità di Papiniano.

dato, dall' altra, l' imperiosa necessità di ubbidire all' ordine ; da un lato, questo stato d' indipendenza civile del mandante e del mandatario i quali ànno diritto di pretendere l'uno dall' altro i coati derivanti dalle azioni del mandato ; dall'altro lato, tale stato d' indipendenza del figlio sotto potestà e dello schiavo, i quali non essendo nel potere del padre e del padrone se non istrumenti passivi non potrebbero trovarsi nelle condizioni prevedute dalla giurisprudenza per dar adito agli obblighi del mandato ed alle conseguenze di diritto di tali obblighi.

42. Il nostro diritto moderno non conosce nè la schiavitù nè la patria potestà de' Romani. Ciò non ostante non cancella la distinzione che ci occupa. Si chiamerebbe forse mandato l' ordine che un padre dà a suo figlio minore,il quale gli deve ubbidienza e sottomissione ? No. Le obbligazioni del figlio non sono mica quelle che discendono da un contratto. Primieramente, non v' à contratto valido fra il padre e 'l figlio minore. Inoltre, non vi à bisogno del contratto medesimo; la natura ne à fatto uno che dispensa da tutti g'i altri, e che è riposto nel rispetto filiale e nella santa autorità de' genitori (1).

Non si vedrà nè pure un mandato nel comando del generale ai suoi soldati ; ciò dipende dalla gerarchia, e deriva dalla pura ubbidienza; non esiste nessun vero contratto fra colui che ordina e colui che deve assoggettarsi al potere.

Nè pur chiamate mandato i fatti e le azioni che una religiosa congregazione impone ai suoi membri ligati da un voto di ubbidienza. La compagnia di Gesù deve, per esempio, una piena sottomissione ai suoi capi. Il gesuita non deve loro addimandar ragione ; egli è soldato e fa parte di una milizia in cui la prima regola di disciplina è di ubbidire. Ei non potrebbe avere lo stato libero del mandatario, il quale, se à obbligazioni da adempiere, à parimente diritti da esercitare. Per la qual cosa adunque, allorchè la compagnia spedisce a Roma il padre Brisacier per impugnare e far condannare il bel libro di Arnault *Della frequente communione* (2), Brisacier sarà forse un mandatario? No. Il gesuita non è altro che un istrumento : *sicut baculus !* o *perinde ac cadaver*.

È vero che quegli il quale comanda e quegli il quale ubbidisce potranno ritrovare ne' loro rapporti de'doveri che loro saranno comuni col mandante ed il mandatario. Il diritto naturale che à preseduto all' organizzazione del mandato, lo à reso conforme a parecchie nozioni generali di equità che si rinvengono in molti altri contratti ed in molte relazioni civili. Ma questi punti di contatto non impediscono le differenze fondamentali, che l' analisi deve versarsi a distinguere, sotto pena di confondere tutte le categorie del diritto.

43. Il mandatario non dev' essere nè meno interamente confuso col presta-nome. Costui è fornito di un titolo apparente che, ne' suoi rapporti con i terzi , gli dà tutt' i diritti del proprietario. Egli è , riguardo a costoro, non già un agente intermedio che si muove sotto l' influenza dell' altrui volontà, si bene un padrone che dispone della sua cosa. Senza dubbio , fra le parti, quegli il cui ufficio è stato limitato con una controscrittura alla semplice condizione di presta-nome, non è altro che un mandatario. Ma tal mandato, fatto in forma di cessione, liga il mandante in un modo più stretto, e gl'interdice di censurare gli atti mercè i quali il presta-nome s' è impegnato co' terzi.

44. Parimente saprà disgiungersi dal mandato la semplice raccomandazione. Imperciocchè l' ordinare e'l raccomandare son due cose differenti (3). Io raccomando Pietro a Giacomo mio corrispondente di Marsiglia. Ciò non deve mica far supporre a Giacomo che io assumo l' obbligo di guarentire gl' impronti di danaro e le somministrazioni ch'ei sarà per fare dietro la mia raccomandazione. Una raccomandazione della persona non è affatto un mandato di provvedere ai suoi bisogni di danaro (4). Le lettere di raccomandazione son fatte unicamente per far conoscere in un modo vantaggioso la persona raccomandata, e per procurarle buone relazioni (5). *Verba commendatoria non obligant* (6), come dice Bartolo.

45. Avverrebbe diversamente se la raccomandazione fosse accompagnata da una preghiera o da un invito, donde il corrispondente potesse dedurre che la lettera di raccomandazione fosse nel tempo istesso una lettera di credito, ovvero una fidejussione, o pure un mandato di dare a prestito (7).

(1) Articolo 372. « Il figlio è soggetto alla loro AUTORITÀ (de' genitori) fino a che sia fatto maggiore o « fino alla sua emancipazione. »

Quest' articolo del Codice civile corrisponde all' articolo 288 delle LL. civ. riformato ed ampliato nel seguente modo : « È soggetto alla loro autorità per gli effetti determinati dalla legge , sino a che non giunga agli anni venticinque compiti, a non sia emancipato prima di questa età, o abbia contratto matrimonio, o viva con casa ed economia separata. » (*Edit.*)

(2) Racine , *Ist. di Porto-Reale* (t. 5 , ediz. Auger, p. 122).

(3) Doneau , lib. 13, c. X, n° 7. — Vinnius , *Inst.* , *De mandato*.

(4) Ulp. , l. 12 , §. 12 , D. , *Mandati*.

(5) *Commendare aliquem, est laudare apud eum cui illum commendatum volumus*. Doneau (*loc. cit.*) — Noodt presso a poco si esprime ne' medesimi termini : *Commendare est tantum laudare, et gratiorem reddere*. (*Prob. juris* , lib. 4 , c. 12, n° 2.) Pothier , 19.

(6) Sulla legge 12 , §. 12 , D., *Mandati*. V. ancora le leggi 43 , D. , *De cont. empt.*, ed 11 , §. 2, D. , *de legat.* , 30.

(7) Doneau , *loc. cit.* — Pothier , 19. — V. mio com. della *Fideiussione* , n° 138.

Le leggi romane àn preveduto questo caso particolare; esse ànno cura di metterlo in una classe distinta dalla raccomandazione, e lo riferiscono al contratto di mandato. Il corrispondente, dicon esse, non avrebbe mai prestato, senza l'ordine che gli è stato fatto, e quest' ordine essendo stato accettato, à prodotto un contratto di mandato. *Quia non aliter Titio credidisset, quam si tibi mandatum esset* (1).

46. La distinzione è in sè stessa di una facile intelligenza. Ma talvolta le espressioni di cui le parti si son servite rendono delicata l'investigazione della loro volontà.

Senza dubbio, se lo scrittore della lettera di raccomandazione dicesse nettamente: *Periculo meo crede*, come da un esempio allegato da Ulpiano, non si esiterebbe un momento a vedere un mandato in questa azione (2).

Lo stesso è da dirsi s'ei si fosse servito di queste espressioni. *Bene credis* (3).

Ma simile chiarezza non rinviensi in tutt' i casi: ve n'à di quelli che si presentano con intralciamento di termini equivoci.

47. Gli scrittori, Bartolo, Balde, Gomez, àn cercato dare delle regole d'interpetrazione, che quantunque sieno insufficienti per tutt' i casi, si avrebbe torto a dispregiare. Esse meritano d'esser avvertite.

Se le espressioni delle lettere di raccomandazione sono generalissime, come queste, per esempio: « Concedete pieno fiducia al porgitore, egli è un uomo onesto e fedele, ed io lo reputo infallibile negli affari, » non v'à quivi obbligazione contratta; v' à in vece una semplice raccomandazione (4); a meno che, per altro, il porgitore non sia il fattore di colui che scrive (5).

Ma, se le lettere racchiudono una raccomandazione contenente qualche cosa di certo e di determinato, come: *Io vi prego aver de' riguardi per Pietro che vi dirigo: prestategli* 2000 *franchi*; vi à mandato (6); o pure: *Date piena fede al porgitore di questa lettera; io l'ò pienamente informato delle mie idee*; ovvero: *Io vi prego di concedere a Pietro ogni vostra fiducia sul tale affare di cui ecco le particolarità* (7). In tutti questi casi, lo scrittore della lettera non raccomanda già la sola persona, ma l'affare pur anco: ei si obbliga qual mandante. Straccha è di avviso che questi sono per l'appunto i veri principi nelle materie commerciali (8).

È pure in tal modo allorchè le lettere, senza indicare verun fatto determinato certo e speciale, dichiarano con tutto ciò che colui che scrive assume la cosa a suo pericolo (9).

48. Malgrado queste regole, diversi dubbi àn fatto essere discordanti le opinioni sulla ipotesi seguente:

Una persona scrive ad un'altra: « Vi raccomando Pietro, mio amico; egli è un uomo « onesto ed un negoziante che può pagare, il « cui credito è da me conosciuto: consegnategli senza timore le mercanzie che vi domanderà. »

Cosa mai debbe decidersi? La mia lettera è forse una semplice lettera di raccomandazione? è ossa in vece un mandato? La questione è delicata. Se vuolsi stare alle distinzioni di Bartolo, di Balde e di Gomez, bisogna dire che vi à più che una semplice raccomandazione, e che lo scrittore della lettera à fatto un mandato. Ed a questo modo pensa Voet con Carpzovius e Neostadius, dichiarando tale opinione esser conforme agli usi del commercio ed a quelli della piazza di Anversa (10). Per l'opposto, Pothier in un esempio simile presso a poco, ma senza esaminare il contrario sentimento espresso da Voet, e che va più innanzi di quest' ultimo, crede che la lettera non contenga altro se non una raccomandazione od un consiglio, e che non produca obbligazione (11), tranne se racchiuda una frode (12). « Se io vi avessi detto (so« no le parole di Pothier): Potete con sicurez-

(1) Giustiniano, Inst., *De mandatis*, § 6, in fine. — Cajo 3. com. 156.

(2) L. 12, § 13, D., *Mandati*, e l. 1. § 14, D., *Depositi*.

(3) Ulpiano, l. 12, § 13, D., *Mandati*.

(4) Bartolo, sulla legge 25, D., *De fidejussor.*, dice: *Multum generales.— Junge* Balde, in rubric, Cod., *De const. pecunia*. Gomez dice pure riepilogando, 2 *Variar. resol.*, c. 12 n° 5: « *Si vero tales li-* « *terae sunt valde generales, ut si mittens dicat recipienti*: DABITIS PLENAM FIDEM *latori*; *vel dicat*: QUIA EST « FIDELIS PERSONA, DE QUA POTERIS CONFIDERE, » *mittens nullo modo tenebitur, quia tales literae sunt commendatoriae et approbationis personae.*

(5) Bartolo, *loc. cit.*

(6) Gomez secondo la legge *Lucius*, D., *De fidejussor.*, ed arg. dalla legge citata *infra*, n° 50.

(7) Bartolo, *loc. cit.*: Quandoque tales literae sunt magis speciales; ut puta: *Latori praesentium, de intentione nostra plane informato, habitis plenam fidem*: vel, *super tali negotio dabitis plenam fidem.*

(8) *De probationibus*, n° 15.

(9) Bartolo, *loc. cit.*, e Gomez, *loc. cit.* Casaregis, disc. 126, 21: « *Il tutto sopra di me, ovvero a mio rischio, a mio conto.* »

(10) *Mandato*, n.° 4.

« Non desunt tamen, quibus placet, etiamnum inter mercatores ita jus esse, ut ad instar fidejussoris « obligetur, qui ignoto tanquam idoneo, merces credi persuasit rogavitve, ut bona fide. Carpzovius *defi-* « *nit, Forens.*, *part.* 2, *const.* 18, *definit. ult.*, ibique alii citati. Quod et usu constante Antverpiae inter « mercatores servatum fuisse observat Neostadius *curiae suprem. decis.*, 5, etc. »

(11) *Mandato*, 20 — Durantus segue la suddetta opinione, n° 202.

(12) L. 47, D., *De regul juris*.

« za dare in pres'ito a Pietro la somma che vi « chiede; egli è un uomo anesto che può ben « pagare e che merita gli si faccia tal servigio; « —queste espressiani ann altro contengona se « non un cansiglio, dal quale non deriva veruna « abbligazione. »

Questa apiniane di Pothier aoa potrebbe, secanda me, prevalere; e non v' à nessun negoziante il quale, ricevendo dal suo corrispondente una lettera di quella guisa, nan consideri castui came il datare risponsabile d' un mandata. Tutte le lettere di credito son canceputc ia caasimili termini; e'l commercio aon à giammai dubitato di vedervi uaa precisa obbligaziane.

Can tutto ciò ia confesso che se la lettera in quistiane fosse la risposta ad una domanda d'iaformazioni, sarebbe più logico vedervi un semplice consiglio. Ma se la lettera nna fosse provocata, se in cambia d' essere uaa risposta fosse l'effetto di una spontanea iniziativa, in nan veggo affatto in qual mado potesse canvenirle la qualificazione di cansiglia. Qui non si tratta di consiglia, trattasi di raccomandazione. Ora, nell'istesso mada che il cansiglia può, in certi casi, degenerare in maadata, came disopra abbiamo spiegato (1), la raccomandaziane prende del pari l' apparenza e la realtà del mandata, allorchè particolari circostanze vi si trovana congiunte. Queste circostanze rinvengansi ivi per l'appunto. Noa si è rimasto ai soli elagi della persana; non si è stata alle sole indicazioni generali; ma si è precisato de' fatti, pe' quali si è preteso la fiducia del corrispondeate. Il commercia, che respinge le sattigliezze, non sbaglia affatto sopra tale stato di case. Esso vi riconosce un mandato, e costituisce un davere alla scrittare della lettera di gareatire can buona fede le conseguenze delle sue istigaziaai. Abbiam veduto che questo è l' usa di Anversa; tal è pure quella di Lubeck; e Marqnardus attesta il rigare con cui i datori di somiglianti lettere sana trattati in questa città commerciante (2). I nostri usi commerciali san parimente proclivi a riconascere de' mandati nelle raccomandaziani fatte coa le circostanze che dianzi abbiamo indicate (3).

49. Ma (dobbiam ripetere), quando non s' incontrana tali circostanze, la raccomandaziane pura e semplice nan racchiude l'obbligaziane di assumere a prapria peso tutta quello che sarà stato fatto pel raccamandato.

Nondimena vi à in morale una risponsabilità per calui il quale scansigliatamente raccomanda un uamo iadeguo di fiducia.

Qualem commendes etiam atque etiam adspice, ne mox Incutiant aliena tibi peccata pudorem (4).

50. Converrà forse, nel dubbia, far prevalere l' interpetrazioae favorevole all'esistenza d'un mandato, o pure l' interpetraziane contraria? Nai crediama che il giudice debba escludere il mandata. Gl' imperatari Oaoria e Teodosio ne àn dato l' avvisa: *Neque familiares epistolas quibus homines plerumque commendant absentem, in id trahere convenit, ut pecuniam, quam rogatus non fuerat, impendisse pro praediis mentiatur; cum nisi specioliter, ut pecuniam praestet, a domino fuerit postulatus, idem dominus teneri non possit* (5). Quindi Gotafredo, affin di meglia determinare il senso di questa legge, l' à accompagnata con la seguente nota: *Commendatitiae literoe, in dubio non praesumuntur missae animo obligandi, sed commendandi tantum* (6). E questa è parimente la dattrina additata dal presidente Favre (7).

51. Quel che dianzi abbiama detto del passaggio della raccomandazinne in mandato à fatto vedere che l'ordine dato aelle sopra espresse circostanze è malta simile alla fidejussione, per moda che il mandante (*mandator*) sembra essere in certa gnisa un mallevadore di colui ch' ei raccamanda. *Neque enim multum referre*, dice Giuliaaa, *praesens quis interrogatus fidejubeat, an obsens mandat* (8). Quindi noi vediamo che i libri del dirilta romano ravvicinano continuamente i mandanti che s'interpongono per altri, e i fideiussori (9).

52. Coa tutta ciò, gl' interpetri coatano cinque differenze fra il mandato e la fideiussioae (10). Senza seguirli in queste particolarità, ve ne sono in fatti delle gravi che vogliama far distiaguere.

Il mandante è quegli che col suo sponta-

(1) N° 19.
(2) Lib. 2, c. XI, n° 66. — Del resto vedete Doneau, 13, *com.* 10, 7. — De Luca, *De cambio*, 30; *De credito*, 90. — Casaregis, disc. 126.
(3) Bonifacio, t. 4, lib. 8, 1, 6, cap. 1.
(4) Orazio, 1, epist. 18.
(5) L. 13, C., *Quod cum eo.*
(6) Nota (6).
(7) *Nec enim tam facile familiares epistolas in id trahere convenit, ut mandato aequipelleant contra mentem scribentis* (sulla legge 12, § 12, D., *Mandati*).
(8) L. 32, D., *Mandati.* — *Junge* Papin., l. 58, §. 1, D., *Mandati*, Scaevola, l. 62, §. 1, D., *Mandati.*
(9) V. i titoli *De mandatoribus et fidejussoribus*, al Digesto ed al Codice, e la novella 4. c. 1. — Puffendorfio e Barbeyrac, l. 2, p. 117. Pothier, *Oblig.* n° 447. Casaregis, disc. 197, n° 19.
(10) Favre sulla legge 32, D., *Mandati.*

neo intervento à dato luogo al contratto. *Velut affirmator fuit et suasor* (1). Sarebbe dunque ben difficile ch' ei reclamasse il beneficio della escussione attribuito al semplice fideiussore. È necessario in seguito riflettere che l obbligazione del mandante non viene a congiungersi ad un' altra principale obbligazione di cui quella è l' accessoria. Essa deriva da una precipua azione la quale à la sua esistenza propria, da un mandato (2), e questo mandato deve produrre le sue naturali conseguenze, ed esser trattato, non già come semplice fideiussione, nè come semplice accessorio, ma come un vero mandato sottoposto al diritto comune (3).

Dopo queste nozioni, verrà deciso, secondo le circostanze, se l' azione penda piuttosto verso il mandato che verso la fidejussione. Quando sembra che quegli al quale è stata indirizzata la lettera non à inteso di seguir la fede dello scrittore di essa, ed à creduto d'avere a fare soltanto con la persona che gli scriveva, il mandato la vince sulla fidejussione. Per esempio, Durand, proprietario a Parigi, dà a Francesco, che va ad imprendere un viaggio per l' Italia, delle lettere di credito per un suo amico di Roma. Se Francesco riceve danaro da questo amico, si crede forse che costui abbia accettato per debitore principale quel Francesco il quale solamente passa per quel luogo, e ch' egli non rivedrà più nè saprà ove andare a cercare? No certamente. Il debitore principale, ai suoi occhi, è Durand, al cui mandato à ubbidito. E questi non è mica un obbligato accessorio, come un fideiussore lo è necessariamente. Egli è obbligato direttamente e principalmente con l' azione *mandati contraria*, e nessuna ragione potrebbe fargli meritare ascolto se venisse a sostenere che il suo amico debbe prima d' ogni altro escutere Francesco suo raccomandato.

Ma supponete che Durand, conosciuto banchiere a Parigi, volendo proteggere lo stabilimento di suo figlio a Genova, scriva ai suoi corrispondenti in questa piazza: « Mio figlio verrà a fondare nella vostra città una casa di banca; io vi prego di prestargli la vostra fiducia ed avere buone relazioni con lui; il mio credito vi garentirà del suo. » È evidente che qui lo scopo di Durand padre è stato di mettere suo figlio in relazioni d' affari con i suoi corrispondenti di Genova; che costoro àn dovuto trattare con Durand figlio come con un negoziante convenevolmente stabilito, il quale amministra di per sè stesso la sua casa, ed à un credito particolare; che questo soggetto è stato da loro accettato quale obbligato principale; e che non altrimenti àn dovuto considerare suo padre se non come un fideiussore (4).

Questi esempi faranno evidentemente conoscere la gradazione che separa i due contratti. Ciò ch' è importante si è il vedere se l' obbligazione di colui il quale à scritto la lettera di credito è stata, nell' intenzione delle parti, una obbligazione principale, ovvero un' obbligazione accessoria ad un' obbligazione principale.

Del rimanente, la distinzione del mandato e della fidejussione è soprattutto utile a motivo del beneficio della escussione concesso al fidejussore e negato al mandante. In vero, è di un grandissimo interesse il conoscere se colui che viene indicato qual mandante, affin di agire principalmente contro di lui, non è in vece un fideiussore, che à il diritto di porsi al coverto rimandando l' attore ad escutere l' altro obbligato. Nondimeno osserviamo che, nelle materie commerciali in cui la solidalità esiste sempre di pieno diritto ed in cui è respinto il beneficio della escussione siccome quello ch' è incompatibile con la rapidità del movimento commerciale (5), la distinzione fra il mandato e la fideiussione non à quella medesima conseguenza che si à ne' rapporti civili.

53. Altrove io ò fatto conoscere i punti di contatto del mandato e del contratto di società (6), del mandato e del deposito (7). Credo essere inutile di qui rivenirvi.

54. Soprattutto con la locazione di opere il mandato à parecchie similitudini. Abbiamo già trattato questo punto nel nostro comento della *Locazione* (8); ma lo ripiglieremo con nuove particolarità, quando ci occuperemo dell' articolo 1986 del C. c. (1758 LL. civ.).

55. Il mandato si presenta all'attenzione del giureconsulto sotto aspetti assai variati e sotto diverse combinazioni. Lo si rinviene nelle funzioni de' tutori, de' curatori, degl' immessi nel possesso provvisionale, degli arbitri, degli amministratori (9) e de'liquidatori di società (10),

(1) Son parole di Ulpiano.
(2) Pothier, *Oblig.*, n° 447.
(3) Championnière e Rigaud, *Trattato dei diritti di regis.*, t. 2, n° 1367. Vedeta il mio com. della *Fideiussione*, n° 28.
(4) Casaregis, disc. 35, n' 20 e 21.
(5) Casaregis, disc. 68, n' 12 e 14. Mio com. dell' articolo 2021 C. c. (1893 LL. civ.), al titolo della *Fideiussione*, n° 233.
(6) Mio com. della *Società*, t. 1, n' 34 a 43.
(7) Mio com. del *Deposito*, n° 29.
(8) T. 3, n' 805 e segg.
(9) Mio com. della *Società*, n' 334, 359, 381, 382, 452, 504, 601, 603, 663, 665, 666, 669, 670, 679, 680, 681, 682, 691, 709, 710, 712, 807, 808, 809, 817, e segg., 900, 901.— Arg. art. 1856, 1859 C. c. (1728, 1731 LL. civ.), 1862, 1864 (1734, 1736 LL. civ.).
(10) Mio com. della *Società*, t. 2, n' 1040 e segg.

de' sindaci de' fallimenti, de' commissionari, dei preposti, fattori, commessi viaggiatori, agenti di affari, sensali, ecc., ecc. — Esso à una gran parte, sia ne' rapporti che esistono fra il fideiussore e 'l debitore principale il cui debito è stato pagato (1), sia nella lettera di cambio. Il contratto che interviene fra il traente d'una lettera di cambio e quegli su cui questa vien tratta è un vero contratto di mandato, *mandatum solvendae pecuniae* (2). Il trattario è un mandatario che è obbligato *actione mandati directa* ad eseguire il mandato di cui si è incaricato, val dire ad accettare la lettera di cambio ed a pagarla alla scadenza. Le girate irregolari sono eziandio vere procure (3).

Esiste il mandato non solamente in certe private funzioni, ma ben anche nelle pubbliche, delegazione d' una parte del supremo potere, dal membro della camera de' deputati, il ministro, l' ambasciatore, il giudice, sino al percettore delle contribuzioni ed all' impiegato delle dogane.

56. Ma seguire il mandato in queste infinite diramazioni sarebbe fuori del nostro argomento. Vogliamo osservarlo qui nel suo semplice stato, fatta astrazione dalle promiscuità per effetto delle quali entra nel diritto pubblico ovvero in parti speciali del diritto civile. Tal soggetto è già vastissimo, e basta esso solo per occupare il giureconsulto. Quanto alle diverse forme che il mandato à ricevuto nel diritto privato, esse non alterano sensibilmente il diritto comune che è la norma di questo contratto, e si riducono a certi tratti particolari donde deriva una individuale fisonomia.

57. Per esempio, talora questi mandati speciali sono irrevocabili; e l' irrevocabilità è quella che costituisce la loro originalità. Talvolta si ànno de' mandati generali *cum libera*. Ora son essi destinati ad un certo ufficio che deve essere adempito in tutte le sue particolarità ed in tutte le sue diramazioni; altra volta ànno per oggetto soltanto certi atti isolati. Qui, ricevono il loro carattere da ciò che il mandatario non ripete le sue facoltà da colui che egli è incaricato di rappresentare, ecc., ecc. Quivi, il punto speciale è questo, che lo stesso mandatario le à ricevute da due persone d' interessi opposti, le quali mettonsi in relazione per l' intermedia sua persona.

58. Avvi nel commercio frequentissimo uso del mandato. Ma il nome di mandatari o di procuratori, quantunque per nulla ignoto nel commercio (4), non è mica il più consueto, essendo il nome stesso assegnato più specialmente al diritto civile. Quello di preposto o di commissionario, è più in uso nel negozio e nel linguaggio de' mercanti (5). Può dirsi pure che i commissionari sono i veri mandatari commerciali, atteso che raramente avviene che la prepositura non degeneri in locazione d'opere, come io seguito osserveremo.

59. Ma qual differenza esiste mai fra la prepositura e la commissione? Proponendo tale questione, noi supponiamo che la prepositura rimanga alla condizione di mandato, e che non s' implichi dell' elemento del prezzo il quale ne fa una locazione (6).

60. La prepositura (7) è un contratto col quale si stabilisce una persona alla testa d' un certo affare di commercio perchè lo diriga, o di un certo ufficio perchè lo esegua, per conto e sotto gli ordini di chi la prepone. Il contratto determina quel che il preposto debbe fare, gli assegna la sua funzione, e circoscrive il perimetro entro cui può agire, sia in vece del principale, sia per rappresentarlo in altro luogo. *Praepositio certam legem dat contrahentibus* (8). La prepositura è un mezzo comodo per mettere in attività gli affari di commercio mercè la ripartizione delle incumbenze. Essa distribuisce gli uffici, secondo l' attitudine degl' impiegati che il principale tien soggetti; e stabilisce separate funzioni, le quali con uno sforzo comune e costante concorrono alla riuscita dell' impresa.

61. I casi di prepositura sono assai numerosi e variatissimi. Le leggi romane ne ànno dato un gran numero d' esempi. Si aveva i preposti pel maneggio d' un commercio o per l' amministrazione d' un magazzino (9). Se ne aveva per taluni speciali affici, propri al tale od a tal altro genere di negozio (10); ne esistevano pel commercio di terra (11) e per quello di mare (12);

(1) Mio com. della *Fideiussione*, n° 17.
(2) Pothier, *Contratto di cambio*, n° 91. — *Infra*, n° 671.
(3) Pothier, *loc. cit.*, n° 82.
(4) Toubeau, p. 112.
(5) *Ex mandato privato quod hodie, in foro mercatorum, commissio dicitur*. Così riflette Marquardus (lib. 2, c. XI, ni 45 e segg.).
(6) L. 1, §. 18, D., *De exercit. act.* (Ulpiano).
(7) Questa parola viene dal diritto romano. — Ulp., l. 1, D., *De inst. act.* — *Id.*, l. 3, D., *id.*: *tabernae praepositus*. — *Id.* l. 5, D., *id.* Cajo, IV, com. 71. Paolo, l. 1, D., *De exercit. act.*, e *Sent.* lib. 2, t. 8, ni 1 e 2. Giustiniano, Inst., *Quod cum eo*, §. 2.
(8) Noodt, *De exercit. act.*
(9) Ulp., l. 3 e 5, D. *De inst. act.*
(10) Ulp., l. 5 § 4, D., *De inst. act.*
(11) V. il tit. del Dig., *De inst act.*
(12) V. il tit. del Dig., *De exercit. act.*

per l' agricultura (1) del pari che per la mercanzia; per l' alta banca (2) non meno che pel mestiere di rivenditore d' abiti (3); per la manifattura (4) come pel mantenimento d' un' osteria (5); per le imprese di provvisioni (6) e per quelle di sepolture (7), ecc., ecc. I preposti ad un negozio di terra venivan chiamati *institori* (8); e questa parola significava che, mentre erano agenti del principale per l' assieme degli atti che costituivano l' impresa, erano i suoi rappresentanti in faccia ai terzi, e con le loro azioni lo rendevano obbligato nel medesimo tempo ch' essi stessi si obbligavano. Il preposto alla direzione d'un bastimento aveva il nome di *magister navis*, mentre che colui che lo preponeva veniva chiamato *exercitor* (9).

62. Oggidì le diverse specie di prepositura non sono meno numerose. Nel commercio si veggono i preposti alle scritture, alla tenuta di libri, i cassieri, i magazzinieri, i commessi alle compre, alle vendite, alle gite per fuori, ai viaggi, alla sorveglianza de' lavoratori, ai registri della fabbrica; i fattori, i commessi chiamati *complimentari* (10), i quali amministrano le case di commercio stabilite in siti lontani, con pieni poteri, adempiono le stesse funzioni del principale, e sottoscrivono per lui le cambiali, le lettere, i conti, le promesse, ecc. Sarebbe inutile, ed anderebbe all' infinito l' immergersi in una più distesa enumerazione (11).

63. Ma quello che è più necessario ad osservare si è, che la prepositura si divide in due rami distinti, secondo la maggiore o minore estensione delle facoltà concesse ai preposti.

Per esempio, si è potuto osservare, nella enumerazione ora fatta, che vi sono vari preposti, come i cassieri, i giovani di banco, ecc., ciascun dei quali à una propria spezialità; essi secondano il principale in certe precise particolarità ed in parecchie parti distinte e del tutto individue del suo commercio. Il commesso delle scritture non s'ingerirà delle gite; il commesso delle gite non sarà per immischiarsi nell' amministrazione della cassa. Il ripartimento di ciascuno costituisce un cerchio, da cui non può nè deve uscire, senza eccedere i limiti della prepositura.

64. Ma vi sono de' preposti il cui mandato è più esteso, e che sono incaricati di rappresentare lo stesso principale in qualità d' institori, sia in tale luogo designato (12), sia pure senza distinzione di luogo (13), per tutto quello che si riferisce alla sua industria ed al suo negozio, o ad un capo della sua industria e del suo negozio. Tali preposti ànno una latitudine di azione maggiore di quella che si à dagli altri. Il principale che non potrebbe prevedere tutto, nè esser presente dappertutto, se ne rimette alla loro prudenza, al loro discernimento, ed alla loro abilità, per la serie di operazioni che costituisce l' impresa. Frattanto che si dice ad un commesso delle scritture: *Copiatemi questa lettera*; ad un commesso delle gite per fuori: *Portate a quella persona il tale oggetto*; si dice al preposto di cui ora stiamo parlando, all' institore: *Ecco la tale impresa, dirigetela in mia vece da uomo intelligente*; o pure: *Ecco quel dipartimento da approvigionare eui bisogna fare delle offerte, cercare degl impieghi, ed essere a tutt' i mercati convenevoli.* Questi preposti della seconda specie ànno il diritto di far l' assieme degli atti commerciali che si riferiscono a sì fatta impresa o a sì fatta delegazione (14). L'uno è il preposto o institore sedentario, *alter ego* del principale, nel tale luogo ed alla testa della tale casa di negozio; l'altro è il preposto o institore ambulante, il commesso viaggiatore il quale moltiplica, nelle diversi regioni che percorre, la presenza della casa di commercio da cui riceve il mandato (15).

65. Altra cosa è la *commissione*. Mentre che la prepositura indica una facoltà permanente, la quale abbraccia un periodo di tempo più o meno lungo durante il quale il preposto rimane legato agli affari del principale, sia per taluni atti speciali, sia per un insieme di operazioni (16),

(1) Ulp., l. 5., § 2, D., *De inst. act.*
(2) Ulp. l. 5, § 2 e 3, D., *De inst. act.*
(3) Ulp. l. 5, § 4, D., *De inst. act.*
(4) Ulp., l. 5, § 6, D., *De inst.*
(5) *Id.*
(6) L. 5, § 9, *De inst.*
(7) L. 5, § 8, D., *De inst.*
(8) Ulp. L. 3, D., *De inst. act.*
(9) V. il Dig., *De exercit act.*
(10) Casaregis, disc. 173, n° 4, e *passim.* Rogue, t. 2, p. 287.
(11) V. l' art. 634 del C. di com. (611 ampliato LL. di ecc.)
(12) Paolo, L. 4, D., *De inst. act.*
(13) Paolo, l. 18, D., *De inst. act.*
(14) Delamarre e Lepoitevin, t. 1, n° 14.
(15) Cujacio ne à dato le definizione: « *Sunt et qui nullo certo loco consistunt, sed commeant per provincias, obeuntes honestorum virorum domos, cum cista merciam, ibique eas vendunt, ad hoc genus mercimonii sive quaestus immissi a magno mercatore quodam.* » (Sulla legge 4, D., *De inst. act.*, sul lib. 30, *Pauli ad edictum.*)
(16) L' articolo 634 del Cod. di commercio (611 ampliato LL. di ecc.) fa confermare questo punto caratteristico mercè le parole: *Pel fatto del traffico del mercante al quale* SONO ADDETTI.

la commissione, per l'opposto, non risveglia altra idea tranne quella di una facoltà transitoria, affidata per un'azione determiaata, la quale finisce con quest'azione medesima. La parola *commissione*, tratta dalla lingua del diritto canonico (1), ove la cancelleria di Roma l'adoperava per esprimere que'tribunali passeggieri ed eccezionali i quali avevano la missione di giudicare certe cause determinate; la parola *commissione*, diciamo, è stata trasferita nel diritto commerciale, e vi designa quella frequente azione mercè cui un negoziante si fa rimpiazzare o rappresentare per certe operazioni precise, speciali, e passeggiere.

66. Il commissionario differisce dal sensale; perchè costui, essendo un semplice mediatore, si limita a mettere in relazione i clienti, ed a stabilire la loro convenzione; ma non s'impegna affatto riguardo ad essi; e come non à amministrato cosa alcuna, non deve rendere verun conto (2). Il commissinnario, per l'opposto, amministra l'affare del commettente, e dee a costui darne ragione; ei può ancora obbligarsi personalmente in di lui vece (3).

67. Il commissionario à maggiore affinità col preposto; amendue amministrano, amendue sono obbligati a render conto; e tutti due ànno degli uffici i quali sono il risultamento di una delegazione di potere. Ma essi differiscono in ciò l'uno dall'altro, che il commissionario non à mandato se non per la tale operazione isolata e momentanea (*puta*, per comprare tante balle di cotone), e che si fatto mandato finisce appena portata a compimento l'operazione (4). Al contrario, il preposto è investito d'una delegazione la quale abbraccia un periodo di tempo ed una serie di operazioni che si seguono senza interruzione (5). Da ciò deriva ch'egli è *addetto* al commercio del principale: se ne trova l'espressione nell'articolo 634 del C. di com. (611 ampliato LL. di ecc.) (6), la quale è tanto vera per quanto energica. Il commissionario è indipendente; egli, quale ausiliario volontario del committente, gli presta senza dubbio il suo ministero in certi dati casi; ma non è addetto a costui, non è mica il suo dipendente, del pari che l'altro non è mica il costui principale. Inoltre, il mandato del commissionario è speciale *ad certum negotium gerendum*; e quello del secondo è generale *ad negotia gerenda*, relativamente al capo di commercio affidato al'a sua amministrazione (7). « Non gli sono necessari (dicono Delamarre e « Lepoitevin, i quali àn portato molta chiarezza « su queste distinzioni), non gli sono necessari, « come al commissionario, altrettanti mandati « per quanti avrà affari da conchiudere; gli af- « fari stessi restan tutti autorizzati mercè un solo « titolo, o mediante un solo mandato. Vi ànno di- « verse azioni ed una sola preposizione (8). » Non è tale il commissionario. Il quale à altrettante distinte commissioni per quanti riceve affari commessi, *totidem mandata quot negotia gerenda*. Questa parte è essenziale, ed à servito di guida ai due autori da me citati nella loro eccellente monografia del *Contratto di commissione*. Essa intanto non è stata osservata da tutti i moderni autori che sonosi occupati di questa materia prima di Delamarre e Lepoitevin. Nè Carré (9), nè gli autori della *giurisprudenza generale* (10), ànno con esattezza spiegato questo punto caratteristico il quale distingue la commissione dalla prepositura, ed i sig. Delamarre e Lepoitevin ànno assai fondatamente rigettate le loro definizioni. Io trascrivo con piacere quella che vi ànno sostituita: « E un contratto mediante il quale uno « de'contraenti dà la facoltà di fare per lui una « o più operazioni di commercio, individual- « mente determinate, all altro contraente che « si obbliga di maneggiarle e conchiuderle, « sia sotto un nome sociale o nel suo proprio, « sia in nome del commettente, ed a renderne « conto (11). »

68. Or ora io parlava del sensale.

Si è quistionato se il sensale sia un mandatario, e Carré mostra aver concepito de' dubbi a tal riguardo (12). Io non esito a vedere un mandato nelle sue azioni (13). Se questa qualificazione non venivagli data dai Romani, è perchè il sensale, da loro chiamato proxeneta, riceveva un onorario, ed i Romani (come vedremo nel nostro comento dell'articolo 1986 (1858 LL. civ.) si fissavano saldamente al principio

(1) Commissio, in capit. decret. *de rescript.*, est qua causa ad judices delegatur, *ad certam nempe caussam constitutos*, qui et commissarii appellantur (*Vocab. utriusque juris* Phil. Vicat). *Junge* Delamarre e Lepoitevin, t. 1, n° 17.

(2) Delamarre e Lepoitevin, *id.*, n° 18.

(3) *Id.*, 18.

(4) Viocens, t. 2, p. 123, n° 6.

(5) *Id.* Ma è necessario leggere soprattutto Delamarre e Lepoitevin, *loc. cit.*

(6) *Addictus praeponenti*, dicono i dottori. Bachovius si esprime così: *Operam suam pro mercede alicui addicit* (in Trentl., disp. 29, t. 1, lettera G).

(7) *Mandatarius*, INSTITOR, SEU COMPLIMENTARIUS, HABET GENERALE MANDATUM, *quoad ea quae conveniunt suae administrationi* (Casaregis, *disc.* 173, n° 4).

(8) *Loc. cit.*, n° 10. *Junge*, n° 14.

(9) *Della competenza*, t. 7, n° 506, p. 185 (ediz. di Vittore Fouché).

(10) V° *Commissionario*.

(11) N° 32.

(12) *Compet.*, t. 7, p. 187, note (1).

(13) Delamarre e Lepoitevin, t. 1, n° 12.

della *gratuità* del mandato. Del rimanente, essi non confondevano affatto il sensale col locatore di opere (1); l'azione di colui costituiva un contratto innominato

Il sensale era un tempo chiamato *courrattier*, dalla parola latina *cursitore*. Monteil à fatto allusione a questa etimologia, quando, mettendo in azione un sensale del XV° secolo, lo rappresenta che fa 6 leghe in un giorno per far vendere ad un affittaiuolo di Brie cento misura di frumento, e che poi si rimette in cammino, percorre 10 leghe di paesi, e va di villaggio in villaggio per la vendita di 200 misure di segala ed altrettante d' avena appartenente allo stesso coadultore (2).

69 L' ufficio del sensale si è quello di mettere le parti in relazione, di avvicinarle, e d'essere il mediatore della negoziazione (3). I Romani gli davano il nome di *proxeneta* (4); avevano il *proxeneta* per molti affari diversi, per le compre e vendite, gl' impieghi di danaro, le relazioni di commercio (5), i matrimoni (6). Il *proxeneta* era soprattutto utile agli stranieri i quali, non conoscendo nè la lingua di Roma nè i mercanti romani, avevano bisogno d' interpetri e di guide. Il ministero del sensale è definito brevemente ed esattamente nell'art. 74 del Cod. di comm. (72 LL. di ecc.), che lo rappresenta come un agente intermedio. Così, per esempio, il sensale di mercanzia conduce il compratore nel magazzino in cui si vendono gli oggetti de' quali esso mi à bisogno, e gli presta la sua interposizione per effettuarne la compra (7). Non è permesso al sensale di uscire dal suo uffizio di consigliere, di mediatore; e non altro può essere se non l'istrumento della convenzione (8). Sono i soli clienti quelli che contrattano per mezzo suo.

Per la qual cosa si rileva che il sensale è nello stesso tempo il mandatario del venditore e del compratore, ai quali serve d'intermedia persona e presta simultaneamente la sua interposizione (9).

70 Tali sono i diversi mandati che mettono in movimento gli affari civili e commerciali.

Per altro non vorrà confondersi il contratto di mandato con la gestione di negozi, *negotiorum gestio*, la quale non è se non un quasi-contratto. Il mandato suppone un consenso espresso o tacito, dato reciprocamente, da cui deriva un contratto sinallagmatico. Nel quasi-contratto di gestione di negozi, non esiste affatto il reciproco consenso. Questo genere di azione à luogo quando una persona obbligante e di buon cuore, vedendo che un terzo à interesse alla tale operazione che potrebbe evitargli del male o pure fargli del bene, si decide ad effettuare questa operazione all' insaputa di quel terzo (10), e sulla sicurezza che la legge (11), la stessa legge, organo e sanzione dell' equità (12), approverà il fatto d'intervenimento, e giusta la regola che niuno deve arricchirsi col detrimento altrui, vi vedrà la sorgente di un' obbligazione tanto stretta per quanto sarebbe se la persona il cui affare è stato amministrato avesse prestato il suo consentimento.

71. Laonde, non vi à quasi-contratto *negotiorum gestorum*, qualora esista un consenso espresso o tacito sull' affare disimpegnato; vi à un mandato in tal caso.

Sappiamo intanto che la maggior parte degli autori, abbagliati da alcune espressioni degli articoli 1372 (1326 LL. civ.) e 1985 (2857 LL. civ.) combinati insieme, ànno preteso che l' attuale diritto, diverso in ciò dal diritto romano, considera il consenso tacito siccome incapace di costituire un vero mandato, e lascia all' azione il carattere di quasi contratto *negotiorum gestorum*. Io dichiaro dalla mia parte di ributtare con ogni forza questa opinione. La quale è erronea; è smentita dai testi più precisi, e segnatamente dagli articoli 1922 e 1578 del Cod. civ. (1794 e 1291 LL. civ); rovescia tutte le idee ricevute; e porta il disordine nelle nozioni che devesi avere de' quasi-contratti, specie di azione in cui la reciprocanza del consenso non potrebbe intervenire senza costituirne immediatamente un contratto. Essa dà al Codice civile un sistema di formalità, il cui risultamento sarebbe quello di ammettere il solo consenso espressamente manifestato; sistema contrario allo spirito delle attuali leggi, al complesso delle loro disposizioni, alla loro tendenze verso il diritto naturale, ed alle loro predilezioni per tutto ciò che sia vero nella sostanza, piuttosto che per quello che sia solenne nella forma. In fine, essa fa retrogradare il Codice civile rispetto al diritto romano, il qua-

(1) Ulp., l. 1 e 2, D., *De proxenet.* — Cujacio, XI, *observ.* 18.
(2) *Hist. des Français des divers états*, t. 3, p. 186, 187.
(3) Turri, *De cambio*, disp. 1, q. 2, n° 8. Art. 77, C. di com. (72 LL. di ecc.) Delamarre e Lepoitevin, t. 1, n° 13.
(4) Ulp., l. 3, D., *De proxenet.*
(5) *Id.*
(6) Ulp., l. ult., D., *De sponsalib.*
(7) Savary, t. 1, p. 622.
(8) Cujacio, XI, *observat.* 18. Art. 86 C. di com. (81 ampliato LL. di ecc.).
(9) Carré. *loc. cit.*
(10) Art. 1372 C. c. (1326 LL. civ.).
(11) Art. 1370 C. c. (1324 LL. civ.).
(12) Pothier, *Oblig.*, n¹ 114, 192. — Treilhard, oratore del governo. (Fenet, t. 13, p. 465).

le aveva perfettamente riconosciuto, a malgrado del suo abituale sistema di formalità, che un consenso, quantunque tacito, non è meno un consenso vero; che fa d'uopo tenerne considerazione; e che vi à contraddizione ne' termini, diciamo ancora più, che vi à assurdità, volendo che un consenso indubitato non produca se non un quasi-contratto !!! Ma, siccome noi dobbiamo rivenire su tal particolare nel nostro comento dell'articolo 1985 (1857 LL. civ.) (1), ci limitiamo a far qui le nostre proteste.

72. Insistiamo adunque su tal essenziale verità, quella cioè che l'affare debb'essere impreso all'insaputa del proprietario. È vero che, nel corso dell'operazione, può intervenire la cognizione del proprietario medesimo; ma sì fatta tardiva conoscenza, la sola di cui si occupa l'articolo 1372 (1326 LL. civ.), non cambia affatto la natura dell'azione, la quale rimane quel ch'era *a priori*, un quasi-contratto, e non diventa per ciò un contratto di mandato. Per le pruove di questa proposizione io rimando al comento dell'articolo 1985 (1857 LL. civ.).

73. Ciò non ostante, io non adotto l'opinione di taluni autori antichi (2) e moderni, i quali, nelle loro spiegazioni del quasi-contratto *negotiorum gestorum*, pretendono che la legge supplisca, per effetto d'una presunzione, al consenso della persona il cui affare si disimpegna. Ammessa una volta sì fatta presunzione, questi autori ne ricavano un consenso fittizio, la cui necessità sembra ad essi indispensabile per ligare il proprietario al suo gestore. Poscia essi osservano in fine che tal consentimento fittizio sia diverso dal tacito; imperciocchè un consenso, quantunque non espresso in iscritto nè con parole, non è meno effettivo, mentre che il consenso presunto, il consenso supplito, il consenso fittizio, non esiste affatto. La legge è quella che lo dà in vece del proprietario, il quale ignora ciò che avviene

Questa distinzione à qualche cosa di vero, ma è inutile; non è necessario di ricorrere ad una finzione della legge per spiegare un rapporto tanto conforme all'equità ed al diritto naturale. L'obbligazione del proprietario deriva adunque non già da un consenso fittizio, opera della legge, sì bene dallo stesso fatto della gestione (3), il quale mette in movimento una doppia obbligazione: la prima che impone al gestore il dovere di portare a termine quel che à incominciato; la seconda che impone al proprietario il dovere di rimborsare le spese fatte nel suo interesse delle quali non è giusto ch'ei si arricchisca in danno del gestore.

74. Poichè la gestione di negozî à luogo solamente quando non vi è stato alcun mandato nè espresso nè tacito, convien dire che quegli il quale amministra un affare in forza di un mandato nullo, o al di là del mandato speciale a lui fatto, i cui limiti oltrepassa (4), può essere considerato siccome un *negotiorum gestor*, ed aver diritto al favore che merita sì fatta azione.

75. Estenderemo noi questa decisione al caso in cui il mandatario, il mandato del quale è rivocato, continua ad amministrare? I sigg Delamarre e Lepoitevin esprimonol'affermativa(5), e tale soluzione rientra nel sistema ch'essi sviluppano con molta arte ed energia, e che consiste nel vedere il quasi-contratto *negotiorum gestorum*, non solamente nella gestione impresa all'insaputa del proprietario, ma eziandio nella gestione assunta contra la sua espressa proibizione (6).

Ecco il loro ragionamento: La formazione del quasi-contratto è indipendente dal consenso di coloro che vengono ad esserne obbligati. Cosa importa in tal caso il rifiuto di consentire, o pure, ciò ch'è la stessa cosa, la proibizione di agire? Quindi il Codice civile non à fatta distinzione alcuna fra la gestione proibita, e quella ignorata. Tutto ciò ch'esso richiede, si è un fatto puramente volontario da parte di colui che amministra, e qui tal fatto si presenta con la più grande efficacia. Quegli adunque che amministra contro il divieto del proprietario è altrettanto *negotiorum gestor*, per quanto lo sarebbe se la sua gestione fosse sconosciuta o ignorata.

Da ciò conchiudono i nostri autori, contro l'opinione di Toullier, che il gestore à diritto ad essere indennizzato delle sue spese. Essi sostengono che la costui azione d'indennità è poggiata sull'equità; imperciocchè si può fare il bene a qualcuno suo malgrado (7). Rendendogli un servigio contro la sua proibizione, non si è considerato aver l'intenzione di sacrificargli la sua fortuna o una parte di essa. Solamente l'indennizzazione non dovrà cadere su ciò che dal gestore si è speso, ma su quello di cui il proprietario à profittato e si è arricchito.

76. Sì fatta quistione è stata preveduta dalle leggi romane, e su di essa erano discordi i giu-

(1) *Infra*, ni 118 e segg.
(2) Pothier, per es., *Mandat.*, n° 181.
(3) Delamarre e Lepoitevin, t. 1, ni 121, 123.
(4) Pothier, n° 177, secondo Papiniano, l. 32, D., *De negot. gestis.* — Casaregis, disc. 179, n° 74, al sommario: « *Si habens mandatum*, ILLUD EXCEDIT, VEL CONTRA FACIT, de mandatario, statim NEGOTIORUM GESTOR *efficitur.* » — Delamarre e Lepoitevin, t. 1, n° 142.
(5) Contratto di *commissione*, t. 1, n° 123.
(6) T. 1, n° 134.
(7) Pothier, n° 182.

recoosulti. Gli uni, come Cajo (1) e Papiaiano (2), pretcadevano che ael caso di divieto il gestore avesse, o l' azione *negotiorum gestorum*, o almeao un'azinne utile contro colui che erasi arricchito per la sua gestione. Il loro sentimento è richiamato da Paolo nella legge 40, D., *Mandati* (3), il quale si esprime nel seguente modo : Cosa è mai la gestinae di negozi ? È essa un' azioae eseguita senza mandato, ed è bea evidente che qui aon ne esiste. Cosa importa l'opposizinne del proprietario? Forse ciò, ohe noo può farsi migliore la condizione d'una persona a suo malgrado? *Naturalis simul et eivilis ratio suasit alienam conditionem meliorem quidem ignorantis et inviti, nos facere posse* (4). Ma si vuol forse rigorosamente che l' azione chiamata col nome di *actio negotiorum gestorum* sia negata, poichè essa aoo è in generale accordata dal pretore se non alla persona che amministra gl'interessi di colui che è assente o che ignora, e che seoza tale soccorso rimarrebbe iodifeso (5)? E bene ! in maacanza di quest' azioae, converrà darle l' azione utile pel beneficio che il proprietario avrà ritratto da questo interveoimeato ; imperciocchè , si dice uaa secoada volta , è permesso fare altrui del bene a suo malgrado. La ragione naturale e civile lo consiglin; il diritto ne concede la facoltà (6) ; e sarebbe sommamente iogiusto di arricchirsi a spese di colui ohe si è tanto esposto e dedicato per voi. « *Jure naturae aequum est neminem, cum alterius detrimento et injuria, fieri locupletiorem* (7). »

Altri giureconsulti per l' opposto, come Paolo (8), Pomponio (9) e Giuliano (10), sostenevano che il gestore aoo avea aè l'azioae *negotiorum gestorum*, nè l' azione utile, anche quando l' affare fosse stato bene amministrato : il loro sentimeato è adottato da Giustiniano (11), il quale prescrive che il divieto d' immischiarsi negli affari d' una persona rende assolutamente inammissibile colui che non lo à osservato.

77. Sì fatta decisione di Giustiniano era sembrata maacare di equità a molti interpetri del diritto romano. Il glosatore Martioo, Azone, ed iodi molti altri buoai ingegoi, avevano reclamato contra questo iogiusto rigore ; per mndo che repatavasi presso a poco per certo essere stata la costituzione di Giustiniaoo abrogata nella moderna giureprudenza. Questo era il parere di Automne(12), di Groenewegen (13), e di altri citati da Voet (14). e del giudiziosissimo Pothier (15). Nondimeao Doneau sosteoeva la regola di Giustiniaoo coa le ragioai che aoi ritroveremo nel aumero seguente (16).

78. La coatroversia de' giureconsulti romani erasi riprodotta sotto il Cod. civ. Toullier si alloga coa calore sotto la bandiera di Giostiniaao (17). L'immischiarsi negli affari di qualcheduao è una prima mancaaza (18); ma l'immischiarsi negli affari di un altro cootro il suo preciso divieto è una maacaaza che non merita scusa. la conseguenza, taato peggio per colui che la commette. Aoderà egli a produrre i suoi reclami coatro il proprietario che gli à significato di non volere aè far delle spese, nè rimborsarle, aè aver nulla a dividere coo lui? Costringerete voi, per esempio, un proprietario a coaservare ua edificio ch' ei vuole lasciar cadere (19)? Siete voi ael diritto d'impacciarlo in tal guisa nella saa amministrazione ? No. Voi siete considerato di averlo volnto gratificare nel fare uoa spesa ch' ei vi avea proibito di fare. E questa è la sola iateazioae che possiate coavenevolmeate dichiarare (20).

Al contrario, il signor Favard de Langlade, ributtaado questa presuozioae di dono, vuole che si restituisca a ciascuno quello che gli appartiene, e sostiene il sistema abbracciato da

(1) L. 39, D., *De negot. gestis*.
(2) L. 53, D., *Mandati* : Cujacio, nel comentare questo testo al lib. 9 delle *Quaest. Papinian.*, dice : *Si quis mondato alterius , fidejuserit pro invito . vel ignoronte , non habebit octionem mandati in eum pro quo fidejuesit, sed habebit negotiorum gestorum. Nom ea etiom datur iis qui recusantium et contradicentium negotia gesserunt, modo eo utiliter gesserint.* (L. *Solvendo*, 39, D., *De negot. gest.*).
(3) Lib. 9, *Ad edict.* V. Cujacio su questo testo.
(4) Cajo, l. 39, D., *De neg. gest.*
(5) *Indefensi* (Ulp., l. 1, D., *Negot. gest.*) : *Absentis, ignorantis.* (Cajo, l. 2, D., *De negot. gest.*)
(6) Favre cita a qu sto proposito (sulla legge 6 § 2, D., *Mandati*) il testo di Papiniano contenuto nella leggo 7, D., *De servis exportondis*. Ma ve no à uno più preciso, quello della legge 39, D., *De negot. gestis*, improntata de Cajo.
(7) L. 206, D., *De reg. juris*.
(8) L. 40, D., *Mandati*.
(9) Citato de Paulo.
(10) Citato da Giustiniano nella legge ult. al C., *De negot. gestis*.
(11) L. ult., C., *De negot. gestis*.
(12) Sulla legge ult., C , *De negot. gestis*.
(13) Sulla stessa legga.
(14) *De neg. gestis*, n° 11.
(15) *Mandat.*, n° 182.
(16) Com., IV, p. 139, n° 2, secondo Bartolo a Paolo di Castro, sulla legge 39, D., *De neg. gest.*
(17) T. 11, n° 55.
(18) L. 36, D., *De reg. juris*.
(19) *Junge*, Doneau, *loc. cit.*
(20) *Junge*, Hilliger sopra Doneau, *loc. cit.*, nota (2), e Gomez, 2. *risol.* 13, n° 11.

Pothier (1). Si è già osservato che i sigg. Delamarre e Lepoitevin sono similmente di questo avviso, al quale essi dànno per appoggio l'autorità di Casaregis (2). Ed in fatti, insegna questo giureconsulto che convenga venire in soccorso del *negotiorum gestor*, se non nelle materie civili ch'egli abbandona al rigore del testo delle Instituta, almeno nelle materie commerciali, in cui l'equità prevale sul testo.

79. In tale controversia, siccome in molte altre, vi à del vero da una parte e dall'altra, ed il male deriva da ciò che ciascuna delle opinioni vuol costituire una regola generale dove bisognerebbe consultare le circostanze e sottomettersi alla loro autorità. Questo soprattutto è quel che devesi rimproverare a Giustiniano, oggidì che il diritto romano non è più per noi una guida infallibile, e che siamo liberi di usare un ponderato eclettismo per rinvenirvi ciò ch'è giusto, e rigettare quel ch'è contrario all'equità. In fatti, è manifesto che la regola di Giustiniano sia troppo generale, e pecchi di eccesso. Adottiamola quando non trascina un'ingiustizia; ma neghiamo il nostro consentimento in tutt'i casi ne' quali essa offende la ragione naturale o pur conduce ad una iniquità.

80. E prima di tutto, volendo prendere la quistione sotto il punto di veduta morale, può mai dirsi con Toullier, per sostenere Giustiniano, che l'immischiarsi negli affari altrui sia una mancanza? è questa forse una regola generale che debbe tutto decidere? Per niente. Senza dubbio è una mancanza l'intrignarsi degli affari d'un altro, quando vi si è spinto dalla curiosità dall'imprudenza e dalla leggerezza!! Ma la mancanza si tramuta in un lodevole sacrifizio di sè stesso allorchè non si fa altro se non ubbidire ad un sentimento di affiziosità e si presta un servigio a colui gl'interessi del quale son compromessi. *Ognuno da sè, ognuno per sè*, sarebbe una massima di egoista ed anticristiana, qualora la si applicasse senza distinzione alcuna in quelle posizioni di cose le quali obbligano gli uomini a porgersi soccorso e scambievole aiuto.

Ciò posto, bisogna forse domandare a sè stesso se si può essere benefico verso qualcuno a suo malgrado? e la risposta, secondo me, non è affatto incerta. Un uomo, stanco della vita, si butta nelle onde: onore a colui che si espone alla morte per conservargli l'esistenza!! Un mio vicino, tormentato dal suo carattere malinconico non meno che dalla malattia, rifiuta i soccorsi della medicina: sarò io un importuno degno di biasimo se faccio destramente penetrare fino a lui de' rimedî e de' consigli? Seneca lo à detto: *Non est dubium quin beneficium sit,* ETIAM INVITO, *prodesse* (3) . . . *Nihil refert an bonam rem malo animo quis acceperit* (4). Noi abbiamo osservato aver Cajo applicato questa savia massima ne' rapporti civili, ed io lo lodo d'aver messo il diritto in armonia con la morale e con la sana filosofia.

Tutta adunque si riduce a questo: l'operazione fatta con l'intervenimento d'un altro è forse buona? è essa vantaggiosa? vi à mai una giusta causa? costituisce essa la *bona res* di Seneca? Eh! cosa importa in tal caso un rifiuto capriccioso? Si è stato umano, si è stato utile, e non si deve rimaner vittima d'un interveato sì generoso (5).

81. Ora, ecco quella ch'io dico: ogni qualvolta la proibizione del proprietario è un atto d'imprudenza e di cattivo umore, quando essa è l'effetto dell'ignoranza, dell'errore, di una inconsiderata volontà, Giustiniano à torto di volere che la sia rispettata ad ogni conto; bisogna al contrario mostrarsi benigno verso colui ch'è stato assai umano ed assai afficioso per affrontarla. Ma se la proibizione è giusta, ed il gestore si è immischiato con imprudenza in affari che non lo riguardavano affatto, la regola di Giustiniano debb'essere ricevuta: essa in questo caso è tanto savia per quanto l'era poco nell'ipotesi precedente.

82. Così, per esempio, Pietro à un affare che gli è di peso e che vuole abbandonare, a motivo che lo immerge in un dispendio superiore alle sue forze: egli rivoca il mandato di colui che amministra l'affare istesso. È chiaro che nessuna cosa autorizza il mandatario, ben consapevole di questa intenzione, a costituirsi *negotiorum gestor* per continuarne l'amministrazione, e far ricadere sul proprietario le spese che costui à voluto evitare (6).

83. Ma supponghiamo che Pietro sia debitore d'una somma di 10,000 franchi; ch'ei, da ostinato litigante, s'incaponisca a non pagare; e che per mezzo di una fideiussione fatta a proposito, quantunque contro la sua volontà, io lo salvi dall'espropriazione forzata ovvero dall'arresto personale!! Vi saranno de' tribunali al mondo che mi negheranno il regresso contro di lui (7)? Diranno essi ch'io abbia voluto fare una liberalità? Ma se, per caso, avessi io fatto contro Pietro delle riserbe che escludessero ogni idea di donazione, oseranno essi

(1) Repert., v° *Quasi-contrat.*
(2) Disc. 30, ni 91, 92, 93.
(3) *De beneficiis*, lib. 5, c. 19.
(4) *Id.*, 20.
(5) V. mio com. della *fideiussione*, ni 128 e 329.
(6) Noodt, *De negot. gest.*, *in fine*.
(7) *Supra*, Cujacio alla nota del n° 76, e Pothier.

costituirmi più liberale di quello che ne ò voluto? Supponghiamo, per esempio, che io, qual fideiussore di un caparbio il quale nega quello che deve, paghi il suo legittimo creditore, facendomi surrogare ne' diritti di quest' ultimo (1): non ò io eliminata affatto l' idea d'una donazione? Inoltre, da quando si suppone una donazione?

Inoltre, si può consultare gli altri esempî dati dai sigg. Delamarre e Lepoitevin, i quali son tali da fare evidentemente ravvisare la giustizia del secondo capo della nostra distinzione (2).

84. Non fo adunque nessun dubbio di ammettere, in talune circostanze, la gestione di negozî, anche quando il proprietario abbia fatto manifeste le sue proibizioni ed abbia rivocato il suo mandato (3).

85. Osservate intanto che in tal caso il gestore à l' azione per ripetere non già quello che à speso, ma soltanto quello di cui à arricchito il proprietario.

Quindi, per esempio, conoscendo io i cattivi tempi che regnano in certi tratti di mare, fo assicurare contro la vostra proibizione due vascelli che debbono andar ivi a navigare: è in dubitato che se non succede verun disastro, io non potrò reclamare contro di voi la somma spesa pel premio di assicurazione; voi non avete guadagnato nulla; e non vi sarebbe causa di tal rimborso. Ma se avviene una disgrazia, e voi siete indennizzato per effetto dell' assicurazione che vi ò ottenuto, ogni giustizia esige che mi facciate indenne, quando la mia diligenza à fatto sì che non abbiate nulla perduto (4).

86. In ciò, vi à una maggior differenza fra la gestione di negozî impresa senza saputa del proprietario, e quella ch' è impresa contro la sua volontà. Nel caso della prima, il gestore debb' essere indennizzato di tutte le spese utili o necessarie da lui fatte, anche quando l' affare non fosse riuscito, purchè sia stato bene amministrato (5). Nel secondo, per l' opposto, il gestore à soltanto un' azione subordinata all' evento. È necessario che l' avvenimento dimostri esser egli stato più saggio del proprietario; bisogna che il risultamento sia un vantaggio per quest' ultimo; ed è solamente sino alla concorrenza di un tal vantaggio, che l' indennizzazione à luogo in pro del gestore (6).

87. Ma ritorniamo alla comparazione del mandato e della gestione di negozî: sì fatti due generi di maneggi ànno ognuno de' caratteri e degli effetti che è necessario distinguere.

È primieramente, il mandatario, per ciò solamente che agisce con la volontà ed il consenso del proprietario, non deve affatto darsi pena dell' utilità che quest' ultimo ricaverà dall' affare; purchè l' operazione alla quale coopera non sia illecita, egli può esser sicuro che il mandante non potrà fare contro di lui veruna opposizione di ciò che l' affare non era necessario, che è stato troppo dispendioso, e ch' è stato impreso con inconsideratezza. Lo à voluto il mandante, ed egli deve attribuire a sè stesso l' errore commesso; il mandatario non era mica il giudice delle azioni di lui.

Ma la cosa è ben diversa nella gestione di negozî. Prima d' incominciare l' amministrazione, il gestore dev' esaminare se l' affare è utile o necessario, e non deve prenderne l' iniziativa in vece del proprietario ch' è assente, se non in quanto l' affare istesso sarebbe paruto utile o necessario agli occhi di ogni buon padre di famiglia. Senza dubbio non si pretenderà da lui che l' evento sia felice (7); s' egli amministra bene, il successo sarà richiesto da lui per quanto lo è dal mandatario (8); ma sempre egli è quello che deve non aver impreso se non una cosa utile o necessaria, una cosa che il proprietario non avrebbe tralasciato di fare se fosse stato al caso di agire (9).

Per la qual cosa, egli non à azione se la casa che à fatto restaurare era talmente vecchia e d' una restaurazione tanto costosa, che il proprietario avrebbe amato meglio di lasciarla cadere (10).

Per ciò ancora, non à azione quando imprende pel proprietario un commercio che questi non era solito di fare; e s'egli non vi riesce, il proprietario potrà far cedere la perdita in di lui danno (11).

Per ciò, non avrà diritto al rimborso delle spese puramente voluttuarie che si è arbitrato fare sulla cosa in assenza del proprietario (12).

88. In una parola, il gestore non acquista

(1) Art. 1250 C. c. (1203 LL. civ.).
(2) N° 139.
(3) *Infra*, n° 708, e mio com. della *fideiussione*, n° 128 e segg., sull' art. 2014 (1886 LL. civ.); e n° 329.
(4) Delamarre e Lepoitevin, t. 1, n° 140. V. *infra*, n° 562 e 625, quello che io dico dell' assicuranza fatta senza mandato, ma ratificata formalmente o virtualmente.
(5) Art. 1375, C. c. (1329 LL. civ.).
(6) Pothier, n° 183. *Infra*, n° 354.
(7) Ulp., l. 10, § 1, D., *De negot. gest.* — Casaregis sembra volere la buona riuscita (*disc.* 30, n° 85): *Et haec utilitas debet esse cum effectu.* Ma ciò è un errore.
(8) Ulp., l. 10, § 1, D., *De negot. gest.* — Delamarre e Lepoitevin, t. 1, n° 143.
(9) Pothier, n° 220. — Ulp., l. 10, § 1, D., *De negot. gestis.*
(10) Ulp., *loc. cit.*
(11) L. 11, D., *De negot. gestis.* — Pothier, n° 210.
(12) L. 27, D., *De negot. gestis.*

azione, se non quando il suo intervento è utile manifestamente. *Absque dubio utilia*, dice Casaregis (1). Se questo non porta l'evidente carattere di utilità, nessun' azione emergerà *ipso gestu, vel reipsa* (2). Il gestore non è in tal caso autorizzato a reclamare le sue spese, se non in quanto il consentimento del proprietario è venuto a dargli la sua approvazione. Casaregis à espresso con molta forza sì fatta distinzione, per altro comune agli autori del diritto civile (3): « *Altera species negotii gesti* VOCATUR RATIHABITIONE, *quia cum utilitas hujusmodi negotii* CERTA *et* INDUBITATA *non sit, ideo requiritur in hac specie ratihabitio illius pro quo gestum fuit, ut ad hoc inducatur et oriatur reciproce inter eos respective obligatio atque actio* (4).

Questa distinzione, che i Sigg. Delamarre e Lepoitevin (5) credono esser particolare agli affari commerciali, è di diritto comune. Casaregis lo dà ad intendere, in appoggiandosi sull'autorità della glosa (6) e sulla comune opinione dei dottori: *Communiter approbata a nostris commentatoribus* (7); Pothier la ritiene per certa.

89. Del resto, i Sigg. Delamarre e Lepoitevin ànno molta ragione di far osservare (8) che lo spontaneo intervenimento di un terzo negli affari di un altro debb' essere più riguardoso negli affari di commercio che in quelli civili; imperciocchè il commercio sarebbe grandemente turbato se qualcuno si permettesse, senza una necessità ben certa, assai urgente ed affatto impensata, d'immischiarsi nel negozio di un assente.

90. Una seconda differenza fra il mandato e la gestione di negozi è questa, che il gestore è ammesso a ricuperare le sue spese solamente quando egli pruova l'utilità e l'economia (9), mentre che il mandatario non è obbligato a pruovare nè l'utilità nè l'economia delle sue (10).

91. Una terza differenza si è che nel fallimento del proprietario, la causa del *negotiorum gestor* è molto meno favorevole che non sia quella del mandatario (11). Vien giudicato più severamente colui il quale spontaneamente si è frammischiato negli affari di una persona, che non sia colui che li amministra con una positiva facoltà.

92. Per ciò è che nel caso in cui la gestione di negozi à bisogno del consentimento del proprietario (giusta si è osservato al n.° 88), tale consentimento dato ne' 10 giorni che precedono il fallimento del proprietario medesimo non retroagisce affatto in pregiudizio de' terzi che vantano diritti anteriormente acquistati (12).

93. Una quarta differenza, segnalata dall'antica giurepudenza, ma cancellata dall' articolo 1995 del Codice civile (1867 LL. civ.), è questa, che quando due persone ànno amministrato gli affari d' una persona senza la costei procura, esse non sono obbligate solidalmente (13), mentre che il mandato affidato a due persone le rende obbligate dell' intera amministrazione e le rende solidali (14).

94. Una quinta differenza sta in ciò che se la gestione di negozi sottopone il gestore a tutte le obbligazioni che derivano da un espresso mandato, articolo 1372 (1326 LL. civ.), non è poi detto per nulla che il proprietario sia assoggettato del pari a tutte le obbligazioni del mandante (15). Ed in vero, noi abbiamo osservato al numero 90, e vedremo nell' articolo 1999 (1871 LL. civ.), che il debito del proprietario, in ciò che concerne le spese, non è lo stesso di quello del mandante.

In appoggio di questa regola si può aggiungere che il gestore non à azione solidale contro i proprietari, il comune affare de' quali egli à amministrato. mentre che l'articolo 2002 (1874 LL. civ.) accorda al mandatario una solidale azione.

95. Dopo aver conosciuto il mandato nella sua definizione, ne' suoi diversi rami, e nei suoi rapporti con altre azioni, ci rimane solamente a fare talune brevi osservazioni per rendere completo il comento dell' articolo 1984 (1856 LL. civ.).

Il mandato può esser fatto sotto condizione (16).

Esso può esser fatto per un certo tempo, ovvero per principiare da qui ad un certo tempo (17).

(1) *Disc.* 197, n[i] 14, 15, 16.
(2) Espressioni de' dottori citati da Casaregis, *disc.* 197, n° 14.
(3) Pothier, n° 220, 221, 223. Egli nota la gradazione esistente fra l' affare *indispensabile* e quello che à bisogno dell' approvazione.
(4) *Loc. cit.*
(5) T. 1, n° 147.
(6) *Ex magistrati glossa*, n° 15.
(7) *Loc. cit.*
(8) T. 1, n[i] 146, 149.
(9) Art. 1375 (1329 LL. civ.).
(10) Art. 1999 (1871 LL. civ.).
(11) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 424.
(12) *Id.*, t. 2, n° 424.
(13) Modest., l. 26, D., *De negot. gest.* — Pothier, n° 215.
(14) Pothier, *loc. cit.*
(15) Delamarre e Lepoitevin, t. 1, n° 132.
(16) Paolo, l. 1, § 3, D., *Mandati.* — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n[i] 125 e segg
(17) Paolo, l. 1, § 3, D., *Mandati.*

Può esser fatto per uno o per più affari: articolo 1987 (1859 LL. civ.); e gli affari possono essere distinti, o pure connessi e subordinati gli uni agli altri (1).

Similmente l' accettazione può essere subordinata a certe condizioni, o a certi modi (2).

96. La procura fatta senz' assegnamento di tempo nè di durata vale finchè non viene rivocata con uno de' mezzi de' quali parleremo negli articoli 2003 e seguenti (1875 variato LL. civ.) (3). Sì fatta procura è chiamata *procura perpetua*: *in perpetuum*. Noi ritorneremo sul proposito nel n° 111, affin di esaminare una questione la quale si rannoda al principio che il mandante è considerato perseverare nella sua volontà. « *Mandans*, dice Casaregis, *praesu-* « *mitur in eadem voluntate perseverare*, *et* « *sic in eodem ordine et commissione alteri* « *data* (4). »

Del rimanente, anche quando la procura è senza assegnamento di durata, vi à una quantità di casi in cui, secondo le circostanze, essa implicitamente e virtualmente contiene un termine. Per esempio, io do la commissione di comprarmi del grano a Pietro, il quale conosce che mi serve per la seminagione: è evidente che il mio mandato non gli dà affatto la facoltà di comperare il grano in dicembre (5).

97. Il mandato può esser fatto ad una o a più persone (6).

98. Il mandato può trovarsi coordinato con altri contratti e con altre azioni, senza che per questo ne sia compromessa o distrutta la sua esistenza. Per esempio, io vi prego di portare a Pietro questo libro, e se costui non lo vuole ricevere, d'aver la cortesia di conservarmelo infinoattantochè io non venga da voi (7). Forse si potrà dire che qui vi siano due distinti contratti: 1° un mandato caratterizzato e puro e semplice: portar questo libro a Pietro; 2° un deposito soggetto ad una condizione: se Pietro non lo vuole ricevere, custodirlo in deposito. Ciò non ostante è più giusto decidere che vi à un solo mandato. Non conviene moltiplicare i contratti senza necessità (8). Qui, la custodia è soltanto secondaria, è la conseguenza del mandato, ed è uno de' suoi mezzi di esecuzione (9).

Reciprocamente, il mandato deve cedere il luogo all' azione principale, quando entra nell' affare solamente come parte secondaria, o come conseguenza. Per esempio, nel contratto di società, tutt' i soci sono mandatari gli uni degli altri per l'affare comune (10). Ma il mandato altro non è che la conseguenza della qualità di socio, e sì fatta qualità predomina e dà all' atto il suo nome, giusta la regola: « *A potiori fit denominatio* (11). » Ecco perchè, fra i soci, noi non vediamo per nulla che la qualità di mandatario naturale e necessario dia origine all' azione *mandati*: in vece la sola azione *pro socio* è quella che dal diritto viene accordata (12).

99. La cosa va affatto diversamente quando i soci ànno costituito un amministratore, nello stesso modo che ciò deve aver luogo per positiva necessità nella commandita, e che l'articolo 1856 (1728 LL. civ.) autorizza a farlo nelle altre società. Il socio nella cui persona è stata concentrata l'amministrazione mercè un espresso mandato è qualche cosa di più di un semplice socio: egli è socio mandatario (13). E quantunque ciò sia un patto di società, quantunque la società sia il principale oggetto dell' azione, non è men vero per questo che vi à in tal caso due qualità le quali è d' uopo si facciano andar d' accordo con conciliarle e senza distrugger l'una con l' altra.

Perciò è che assai bene è stato deciso, nel diritto criminale, che l' amministratore di una società in commandita, il quale abusa del suo mandato in uno degli atti enumerati nell' articolo 408 del Codice penale (430 riformato ed ampliato LL. pen.), incorre nella pena che pronunzia quest' articolo contro il mandatario colpevole di abuso di confidenza. Questo è quanto risulta da un arresto della Corte di cassazione (Cam. crim.) proferito nell'8 agosto 1845 (14) in senso contrario ad un arresto precedente del 13 gennaio 1842 (15). Io approvo altamente l'arresto del 1845. Il quale, all' utilità di mettere un freno ai disordini di taluni amministratori, congiunge un carattere di eccellente e lodevole moralità. È certo inoltre che l' amministratore di cui parliamo à ricevuto un mandato il quale

(1) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, ni 140 e segg.
(2) Pothier, n° 34; Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 134.
(3) L. 3 e 4, D., *De procuratoribus*. (Ulpiano o Paolo.)
(4) *Disc.* 119, ni 32, 33.
(5) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 124.
(6) Pothier, n° 36.
(7) L. 5, § 4, D., *Praescriptis verbis*. (Paolo.)
(8) Mio com. del *Deposito*, ni 25, 26.
(9) Ulpiano, l. 1, § 12, D., *Mandati*. Mio com. del *Deposito*, n° 29.
(10) Art. 1859 C. c. (1731 LL. civ.). Mio com. della *Società*, su questo articolo.
(11) *Infra*, n° 695.
(12) Mio com. della *Società*, t. 2, n° 611, sull' art. 1852 (1724 LL. civ.). *Infra*, n° 695.
(13) Vien chiamato *socius institor* (Casaregis, *passim*); o puro *socius et administrator* (Casaregis, *disc.* 181, ni 29, 31, 39).
(14) *Gazzetta de' tribunali*, 4 settembre 1845. Dal., 45. 1. 363.
(15) Dal., 42 1, 127.

amplifica i suoi diritti di socio : or l' esistenza di tal mandato è sufficiente per autorizzare, anzi per reclamare la severa applicazione dell' articolo 408 (430 riformato ed ampliato LL. pen.). Non può concepirsi agevolmente come, essendo riconosciuto ed ammesso il mandato, potrebbe eludersi l' articolo 408 (430 riformato ed ampliato LL. pen.) che regola questo contratto in qualunque modo sia stato convenuto e sotto qualunque forma potesse comparire. Avvertiamolo bene! il mandato non è quivi implicito, nè è il necessario corollario di una qualità dominante, siccome nel secondo caso che abbiamo osservato al numero precedente Esso è espresso, è formale; esso deriva da una positiva e speciale convenzione ; e la qualità di socio, che dal diritto civile vien considerata come preponderante, non impedisce affatto la qualità di mandatario (1), di cui il diritto penale si preoccupa principalmente Questo diritto può al certo resistere, nell interesse della pubblica vendetta, alla massima di puro interesse civile: che non conviene moltiplicare i contratti senza necessità.

Conosco bene che in materia civile, nella quale il giureconsulto deve prendere l' azione nel suo assieme, il contratto di società è quello che la guadagna, imperciocchè si è in riguardo della società, si è per procurarle il movimento e l' azione, che il mandato è venuto a concentrare in una sola persona i poteri di tutti. Perciò abbiamo veduto, nel nostro comento della *Società*, quanto la coesistenza delle due qualità di socio e di mandatario modifichi il mandato (2), e quanto l' amministratore si distingua dai mandatari ordinari precisamente per questo che è socio (3)! ! Ciò non ostante non è men vero che la qualità di mandatario è reale (4), e che quando diviene necessario di distinguerla dalla qualità di socio, sia per ragione di giustizia e di equità, sia per motivi di pubblico interesse, non vi à nulla di stiracchiato in rendendo omaggio alla verità di questo stato di cose.

Articolo 1985 (1857 LL. civ.).

Il mandato può farsi o per atto pubblico, o per iscrittura privata, od anche per lettera. Può eziandio farsi verbalmente ; ma non è ammessa la pruova testimoniale che in conformità del titolo *de' Contratti o delle obbligazioni convenzionali in generale.*

L' accettazione del mandato può essere tacita, e risultare dall' esecuzione che ne à data il mandatario (a).

(1) Mio com. della *Società*, n° 665, *in fine*, e 681.
(2) T. 2, n° 681.
(3) Ni 669, 681, 682, 611. *Infra*, n° 695.
(4) *Id.*, n° 665, *in fine.*

(a) Leggi civili. L' articolo 1985 del Codice civile corrisponde all' articolo 1857 delle Leggi civili concepito come segue :

« Il mandato può farsi o per atto pubblico, o per iscrittura privata, o anche per lettere. Può eziandio « farsi verbalmente ; ma non è ammessa la pruova testimoniale se non in conformità del titolo *de' contratti*, o « *delle obbligazioni convenzionali in generale.*

« L' accettazione del mandato può esser tacita, e risultare dall' esecuzione che gli à data il mandatario. »

Leggi romana. Il mandato poteva esser fatto sia per atto pubblico, sia per iscrittura privata, sia per lettera, sia per nunzio, ed anche tacitamente allorchè taluno amministrava l' affare altrui con la conoscenza e con la tolleranza del proprietario: l. 1, § 2, D., *Mandati*; l. 6, § 2, l. 18, D., l. 6, Cod. *Mandati*; l. 2, § 2, D., *De oblig. et act.*; § 1, instit., *De iis per quos agere poss.* ; § 1 e 2, instit., *De oblig. ex cons.*— In somma il mandato si poteva fare in qualunque modo, giacchè era un contratto *consensuale*, ma sempre purchè fosse dimostrata la volontà delle parti.

Ciò era relativamente alla forma di tal contratto.

Ma il mandato, in quanto alle persone nell' interesse delle quali veniva formato, poteva esser fatto in uno dei seguenti cinque modi :

1.° nell' interesse del mandante : l. 2, § 1, D., *Mandati*; l. 42, § 2, D., *De procurat.*; prin. e § 1, instit., *De mandato* ;

2.° nell' interesse del mandante e del mandatario : l. 22, § 2, D., *Mandati*, prin. § 2, instit., *De mandato*;

3.° nel solo interesse di un terzo : l. 6, § 4. D. *Mandati*; prin. e § 3, instit., *De Mandato* ;

4.° nell' interesse del mandante e di un terzo : § 4, instit., *De Mandato* ;

5.° nell' interesse del mandatario e di un terzo : § 5, instit., *De Mandato.*

Inoltre potevasi fare il mandato anche nell' interesse del solo mandatario ; ma esso in tal caso non era un mandato propriamente detto, sì bene un consiglio, e però non era produttivo di veruna azione : § 6, instit., *De Mandato* ; l. 2, § ult., D., *Mandati.* — Ciò non ostante, se il consiglio fosse stato dato con frode, aveva luogo l' azione *de dolo* in pro del mandante, o sia della persona consigliata: l. 10, § 7, in fin., D. *Mandati*; l. 47, D., *de reg juris.*

Ne' casi di richieste informazioni, il mandante godeva l' azione *contraria* del mandato, se avveniva che colui per lo quale eransi domandate tali informazioni non adempisse i suoi obblighi : l. 6, § 5, l. 12, § 13, l. 42. D., *Mandati*; § 6, in fin., instit., *De Mandato.*

Quanto poi all' accettazione, il mandatario poteva esprimerla in qualunque maniera, ed anche tacitamente: l. 98, § 5, D., *De solut.* ; § 4, instit., *De verb. stipulat.* — Ma avvertasi che il solo silenzio del mandatario non poteva mai far desumere l' accettazione del mandato : l. 8, § 1, D., *De procurat.* ; arg. l. 142, D., *De regulis juris.* (*Edit.*).

SOMMARIO.

100. Passaggio. Pregiudizi ai quali à dato luogo l'art. 1985 (1857 LL. civ.).
101. Il mandato o la *procura* non è soggetto a parola sacramentali. Il mandato ripete la sua origine dal consenso.
    Esso è luogo fra assenti.
102. Perciò il diritto civile non l'à sopraccaricato di formalità.
    Il mandato è del diritto delle genti. Non è assoggettato a pruove particolari.
103. Del mandato per atto notariale. Delle procure rilasciata *in brevetto*.
104. Della procura per iscrittura privata. Casi in cui esso sono rispinta da leggi speciali.
105. La procura per iscrittura privata non dev'essere fatta in doppio originale.
106. Dell' *accettazione* della procura a della sua forma.
107. *Quid* del caso in cui la procura a l'accettazione vanno insieme? Convien forse che l'atto sia steso in doppio originale?
108. È certa la negativa e non à bisogno, per apparire con evidenza, di una cattiva ragione esposta da taluni autori.
109. Del mandato fatto per lettere. Quando ed in qual momento è perfetto la convenzione?
    Differenza, su questo particolare, fra il mandato di una parte, e la vendita o l'affitto dell'altra.
110. In qual luogo si repata fatto il contratto?
111. Se l'ordine o sia commissione data per lettere non contiene la designazione di un termine fisso per fare, ed il mandatario ritarda di agire, potrà il mandante ripudiare l'operazione? per l'opposto non è questo il caso di dire che sussistono gli ordini o commissioni finchè non sono rivocate?
112. Nel commercio, è spesso il commissionario quello che offre i suoi servigi. Nel diritto civile può avvenirne lo stesso. Ve ne sono degli esempi. Il contratto non è perfetto se non dietro il ricevimento della lettera ch'esprime l'accettazione de' servigi.
113. Le offerte sono come gli ordini a commissioni: esse sussistono finchè non sono rivocate.
    Ma conviene intendere questa regola ragionevolmente.
114. Del mandato tacito. È egli vero che il Codice civile à voluto proscriverlo?
115. Esame del diritto romano. Quivi era ammesso il mandato tacito.
116. E niuna cosa è più dipendente dalla ragione.
117. Anche il diritto antico aveva ammesso il mandato tacito.
118. Ciò non ostante i sigg. Toullier e Proudhon insegnano che il Codice civile à soppresso il mandato tacito.
119. Ed altri autori sono adottata queste opinione, benchè riconoscessero che il mandato tacito è tanto conforme alla ragione per quanto è il mandato espresso, e che sovente la forza delle cose obbliga ad ammetterlo.
    Esempi di questi mandati taciti ammessi dalla forza delle cose.
    Difficoltà che ne derivano per l'opinione di questi autori a per quella de' sigg. Toullier a Proudhon.
120. Mezzo escogitato da Proudhon per evitare tale difficoltà. Egli pretende che il mandato *re* non è affatto un mandato tacito.
    Confutazione di questo sistema.
121. Il mandato tacito non è proscritto dal Codice. Non v'à a tal riguardo nessuna differenza fra il diritto antico e quello del Codice civile.
    In generale, il Codice non è contrario al consenso tacito.
    Esempi evidenti tratti dalla *locazione*, dal *deposito* ed altri casi.
122. Seguito.
123. Argomento tratto dall'art. 1578 del Codice civile (1391 LL. civ.). Il sistema di Toullier è distrutto dall'art. 1922 C. c. (1794 LL. civ.) e dall'art. 1998 (1870 LL. civ.).
124. Risposta ad una obiezione ricavata dal testo dell'art. 1985 (1857 LL. civ.).
    Storia della redazione di questo articolo. Suo vero senso.
125. Risposta ad una obiezione di Proudhon.
126. Seguito. Argomento desunto dall'accettazione tacita ammessa dall'art. 1985 (1857 LL. civ.).
127. Altro ricavato dalla ratificazione tacita, ammessa dall'art. 1998 (1870 LL. civ.).
128. Risposta all'interpetrazione data da Toullier all'art. 1372 del Codice civile (1326 LL. civ). Si fatta interpetrazione è viziosa. Essa sconvolge tutte le idee ricevute e ragionevoli, sulla gestione di negozi.
129. Seguito.
130. Non è vero che l'art. 1372 (1326 LL. civ.) non conosca il mandato tacito.
131. Pruove a tal riguardo.
132. Obiezione risoluta.
133. Esame circostanziato e critico della giurisprudenza.
134. Seguito.
135. Conclusione.
    Numerosi esempi di mandati taciti.
136. Utilità di questa disamina.
137. Il mandato tacito deve soprattutto rimanere incontrastato nelle materie commerciali.
138. L'esistenza del mandato tacito dipende da fatti e da circostanze che i tribunali valutano eccellentemente.
139. Il consenso può desumersi dal silenzio, anche fra assenti.
140. Esso può essere con maggior ragione desunto dai fatti.
    Caso particolare riportato da Casaregis.
141. Ed anche da atti di gestione anteriori.
142. In quali casi è ammissibile la pruova testimoniale del mandato tacito?
143. Seguito.
144. Seguito.
145. *Quid* rispetto ai terzi?
146. Seguito.
147. Seguito.
148. Della tacita accettazione del mandato.
149. Seguito.
150. Seguito.
151. Seguito.
152. Seguito, ed applicazione delle suddette regole al commissionario.

COMENTO.

100. L'articolo 1985 (1857 LL. civ.) si occupa della forma del mandato: tratta nel suo primo paragrafo della forma della procura, e nel secondo della forma dell'accettazione. La redazione non ne è tanto chiara per quanto potrebbe essere. L'articolo 1985 (1857 LL. civ.), essendo stato modificato nella sua primitiva dicitura per effetto di una emendazione del Tribunato, si risente di tale racconciamento (1). Noi tenteremo di restituirlo al suo vero lume, e di dissipare taluni pregiudizî ai quali à dato luogo.

101. Non vi sono parole sacramentali per esprimere la volontà del mandante (2). Come il mandato riceve il suo vigore dal solo consentimento (3), basta che tal consenso sia certo perchè il mandato rimanga fermo ed assicurato. Ogni dichiarazione, con la quale si manifesta l'intenzione che una persona intraprenda un affare o lo amministri nel nostro interesse, è una procura (4). I Romani servivansi in preferenza delle espressioni: *rogo*, *volo*, *mando*. Ma ogni qualunque formola equivalente poteva rimpiazzarle (5). Talvolta la volontà del mandante prende l'aspetto di un ordine. « Compratemi « quell'immobile. » — « Voglio che andiate « dal mio notajo (6). » Talora questa volontà prende pure la forma di una preghiera. « Io « vi prego di assumer la cura di tal cosa. » — « Ricorro alla vostra cortesia onde mi rap« presentiate nel tale affare (7). » — Finalmente la volontà del mandante può eziandio presentarsi sotto l'apparenza di un desiderio. « Se « voleste in mia vece fare la tale cosa, ve ne « sarei molto obbligato (8). » In ognuna di queste formole diverse vi à una stessa intenzione, quella di costituire un mandatario.

Sì fatta intenzione può essere comunicata tanto fra persone assenti, quanto fra persone presenti (9). Ne' rapporti commerciali che oggidì uniscono le diverse parti di uno Stato ed i diversi popoli del mondo, il mandato fra assenti è di una massima comodità e di un uso quotidiano. Il diritto delle genti lo protegge, e lo considera siccome un mezzo di avvicinamento che facilità gli affari e ne sollecita il movimento.

102. Ecco perchè non troveremo la legge civile esigente e rigorosa sulle forme di un contratto sì rapido e sì comodo; non conveniva togliergli, con estrinseche solennità, i vantaggi che mena seco per sua natura. Quindi importa poco con qual modo si esprima la volontà del mandante (10). La materia del mandato è del diritto delle genti; e la pruova di questo contratto non è mica assoggettata a formole sacramentali (11) La si ricava, sia dagli atti pubblici, sia dalle scritture private, sia dalla corrispondenza (12). Il mandato può esser espresso pur anco verbalmente, siccome lo dichiara il nostro articolo; ovvero per mezzo di gesti, i quali sovente sono un linguaggio tanto espressivo per quanto è la parola. « *Annuens capite vel humeris*, dice Baldo, *censetur mandare* (13). » Ben inteso, del rimanente, che, nelle materie le quali eccedono 150 franchi, le parole ed i gesti non possono esser presi in considerazione se non quando la pruova della loro esistenza non proviene da una pruova testimoniale, vietata dalla legge e che sarebbe di troppo trista conseguenza. Il nostro articolo fa delle riserve, a tal proposito, le quali dimostrano che la materia del mandato non è affatto estranea al diritto comune (14).

103. Allor quando il mandato è fatto per atto notariale, non è necessario che sia conservato in minuta. Può essere rilasciato in brevetto (15), ed in tal caso il notaio consegna alla parte l'originale della procura, senza conservarne altro titolo fuorchè la menzione nel suo repertorio. Spesso pur anche si lascia in bianco il nome del mandatario, acciocchè il mandante abbia l'agio di fare una scelta che non ancora à fatto, ovvero procuri al mandatario la facoltà di sostituirsi alcuno qualora vi sia autorizzato in conformità dell'articolo 1994 (1866 LL. civ.) (16).

104. Le procure per iscrittura privata sono molto usuali. Esse debbono esser ammesse

(1) *Infra*, n° 124.
(2) Pothier, n° 30.
(3) Paolo, l. 1, D., *Mandati consensu contrahentium consistit.*
(4) Paolo, l. 1, § 2, D., *Mandati.*
(5) *Id.*
(6) L. 25, § 1, D., *De acq. haered.*
(7) Paolo, l. 1, § 2, D., *Mandati.* Virgilio à detto: *Orans mandata dabat* (Eneide, libro VI, verso 116).
(8) L. 25, § 1 ad ultimo, D., *De acq. haered.*
(9) Inst., *De oblig. ex consensu.* — Cajo, III, *com.* 135, 136. — *Infra*, n° 139.
(10) Casaregis, *disc.* 119, n° 3.
(11) *Neque scriptura, neque praesentia omnimoda opus est. Contrahitur veluti per epistolam vel per nuntium.* Inst., *De oblig. ex consensu.* — Cajo, III, *com.* 137; Paolo, l. 1, D, *Mandati.*
(12) Inst., *loc. cit.* Vedete pure *Decis. rotae Genuens.*, 49, n° 1.
(13) Avviso 250.
(14) Boiceau e Danty, p. 215 e seg., e 274, n° 4.
(15) L. del 25 ventoso anno XI, art. 20. Veggasi l'art. 2004 (1876 LL. civ.), *infra*, n. 766.
(16) Dalloz, *Mandato*, art. 4, n° 2.

come bastevoli, ogni qualvolta la legge non à richiesto un mandato autentico (1). Per la qual cosa, tranne i casi rari e speciali in cui la legge vuole formalmente che il mandato non sia per iscrittura privata, come negli articoli 36, 66, 933, ecc. del Cod. civ. (38, 69, 857 LL. civ.), il mandato per iscrittura privata deve conservare la sua efficacia (2).

105. Quando una procura vien fatta per iscrittura privata, non è mica necessario di scriverla in doppio originale; imperciocchè la procura non è un atto sinallagmatico (3), ed è uno soltanto de' due termini il cui concorso perfeziona il mandato (4). Essa è il semplice *rogo* (5), che trasmette al mandatario la facoltà di agire, ma che non per anco obbliga costui, infinoattantochè non interviene l' accettazione (6). È adunque di piena evidenza che la procura non è assoggettata alla formalità del doppio originale. La pratica è su questo particolare perfettamente di accordo con la teoria, e ne conferma la giustezza.

106. Allato alla procura, al *rogo*, vi à l'accettazione del mandatario, il *recipio*, che costituisce il secondo termine del contratto, e che è necessario onde il mandatario resti impegnato. Questo atto di accettazione nè anco è sinallagmatico, come non è la procura, ed in tal caso non è nè pure applicabile la necessità del doppio originale.

In una parola, il mandato si rompone di due elementi, i quali, quantunque dovessero concorrere per far nascere il contratto di mandato, sono con tutto ciò suscettibili di una distinta e successiva esistenza, e possono esser considerati e valutati separatamente: ciò è presso a poco come la donazione e l' accettazione di essa (7). Questa verità è tanto evidente, che il progetto del Codice civile aveva assoggettata la procura alla forma necessaria dell'atto, mentre che erane esente l'accettazione (8)!! È adunque la procura quella che fa il titolo del mandatario; e poichè essa è unilaterale, non à bisogno della redazione in doppio originale. Quindi parimente l'accettazione del mandatario è ciò che forma il titolo del mandante; e poichè essa non à in minor grado il carattere unilaterale, non debbesi pretendere che porti la menzione d' essere stata distesa in doppio originale.

107. Anche quando le due volontà del mandante e del mandatario concorrono nel medesimo atto, non è mica necessario che il contratto per iscrittura privata contenga la menzione di esser fatto in due originali. Questa minuta menzione non è richiesta se non se ne'contratti perfettamente sinallagmatici, ed il contratto di mandato è un contratto bilaterale imperfetto (9).

108. A tali ragioni io non aggiungo, siccome àn fatto vari autori (10), che non vi sia necessità di dichiarare che l' atto è stato fatto in doppio originale, atteso che il Codice civile prescrive potersi fare il mandato anche per lettera missiva. Questo motivo non à alcun valore. La vendita può risultare dalla corrispondenza delle parti (11), e tuttavolta quando la si distende con un *instrumentum* sotto firma privata, è d' uopo sia fatta in doppio originale (12). Lo stesso è a dirsi dell'affitto (13), della società, ecc., ecc. (14).

109. O parlato del mandato stabilito per lettere (15). Da qual momento è perfetta la convenzione? Altrove abbiamo detto che la vendita e la locazione per lettere non conseguono la loro perfezione se non se quando le volontà sieno rispettivamente conosciute (16); e questa verità, quantunque disputata, ci sembra tanto evidente per quanto è possibile. Ma nel mandato non è mica lo stesso. Quando un negoziante dà ordine al suo commissionario di spedirgli delle mercanzie, di fargli assicurare un bastimento, il commissionario non è obbligato, prima di agire, di attendere che il suo corrispondente abbia ricevuto l'avviso della sua accettazione. Esiste in fatto quest'accettazione? E basta e non à bisogno d'essere conosciuta dal mandante perchè diventi perfetto il mandato (17). Qual è mai la ragione di sì fatta differenza fra la vendita o la locazione,

(1) *Infra*, art. 2004 (1876 LL. civ.). Arresto di Caen del 22 giugno 1824, in un caso nel quale sostenevasi che il mandato debb'essere autentico, per costituire ipoteca (D., 25, 2, 112). Io ò esaminato questo punto di diritto nel mio com. delle *Ipoteche*, t. 2, n° 510.

(2) Mio com. delle *Ipoteche*, t. 2, n[i] 509, 510. Argomento da un arresto della Corte di Cassazione, camera criminale, 6 dicembre 1834 (D., 35, 1, 350).

(3) *Supra*, n° 6.

(4) *Supra*, n° 6, art. 1984 (1886 LL. civ.).

(5) *Supra*, n° 5.

(6) *Supra*, n° 6.

(7) Art. 932 C. c. (856 LL. civ.).

(8) *Infra*, n° 124.

(9) *Supra*, n° 11.

(10) Duranton, t. 18, n° 216.

(11) Mio com. della *Vendita*, t. 1, n° 21.

(12) *Id.*

(13) Mio com. della *Locazione*, t. 1, n° 105.

(14) Mio com. della *Società*, t. 1, n[i] 203 e 206.

(15) Art. 1985 (1857 LL. civ.). — *Decision. rotae Genuens.*, 49, n° 1.

(16) *Vendita*, t. 1, n° 25, e *Locazione*, n° 105 (nota). Delamarre e Lepoitevin son pure di questo avviso. t 1, n° 97.

(17) Delamarre e Lepoitevin, t. 1, n° 97.

ed il mandato? Non è difficile a rinvenirla. Nella vendita (ne dicn altrettanto della locazione), due interessi trovansi dirimpetto l'uno all'altro; e come la consumazione del contratto à per risultamento di togliere al venditore la proprietà della sua cosa, e di farla passare nel dominio del compratore, è giusto di non dare questo vantaggio a costni pria d'essere sicuro che quegli non siasi pentito. Ma nel mandato, lo stato delle cose è ben diverso. Non si tratta di togliere al mandante la sua cosa, o parte di essa: il mandatario altro non fa che ubbidire e conformarsi alla volontà che gli è stata dichiarata; egli ne seconda l'esecuzione; e, agendo con prontezza e senza ritardi compromissivi, e prestando la sua opera con tutta la desiderabile celerità, egli entra pienamente nell'intenzione del mandante, il quale, lungi di dolersi, deve rallegrarsi di aver rinvenuto un mandatario tanto attivo, tanto a lui dedicato, e tanto premuroso di profittare del beneficio del tempo. Questa spiegazione deriva dal principio generale dato da Grozio, ch'io altrove ò ricordato (1). Essa poggia sopra una retta valutazione della tacita volontà delle parti, e sulla natura cotanto diversa della vendita, contratto bilaterale perfetto, e del mandato che è sinallagmatico ma imperfettamente (2). Perciò adunque, negli esempi che abbiamo allegati, è certo che la spedizione delle mercanzie fatta dal commissionario pria che il commettente avesse avuto conoscenza dell'accettazione di lui, che l'assicurazione fatta dal mandatario precedentemente all'avviso ch'ei dà al mandante delle sue sollecitudini, restano per conto del datore dell'ordine o sia della commissione, anche quando costui avesse rivocato il mandato fra l'epoca dell'invio della sua procura e l'epoca della dichiarazione di ricevimento espressa dal suo corrispondente.

110. Ma in qual luogo sarà considerato d'essere stato contratto il mandato inviato ed accettato per lettere? In quel luogo nel quale colui che parla l'ultimo esprime il suo assentimento. « *Eo loci quo ultimus in contrahendo assentitur . . . Et sic mandati contractus dicitur initus in loco, quo diriguntur literae missivae alicujus mercatoris, si alter ad quem diriguntur, eas recipit et acceptat mandatum* (3). »

111. Abbiamo ora parlato della pronta esecuzione degli ordini o delle commissioni date per lettera, siccome di una cosa che necessariamente rientra nelle vedute del mandante. Ma sì fatta pronta esecuzione è essa una condizione tanto rigorosa del mandato, che la procura trovasi virtualmente rivocata e che la lettera rimane per non scritta, se il commissionario ritarda di agire? Non v'à nessuna difficoltà, quando la lettera assegna al mandatario un termine che questi à lasciato trascorrere. Ma *quid juris* se essa non conteneva verun termine, e se il commissionario si è messo all'azione in un tempo assai lontano? Per esempio, io vi prego di comprarmi tanti barili di vino di Bordò, senza determinarvi verun' epoca: voi non effettuate questa compra e non mi fate la spedizione de' barili, se non se molto tardi e quando non ò più bisogno di que' vini. Potrò io dire che la commissione era divenuta inutile allorchè l'avete eseguita, e che fra noi non vi è stato alcun contratto di mandato?

No! io non potrò, per la ragione che le commissioni sussistono infinoattantochè non vengano rivocate (4). Ma, secondo le circostanze, avrò azione contro di voi che, pel vostro ritardo ad eseguire la commissione, mi avete cagionato un notevole detrimento. Soprattutto mi competerebbe l'azione di dolo, qualora, nel momento in cui avete effettuata la compra e la spedizione, aveste saputo che quei vini non mi erano più necessari (5).

112. Nel commercio, avviene frequentissimamente che il mandato è fatto in seguito di una provocazione del commissionario, il quale viene ad offerire i suoi servigi, ed annunzia vantaggiosa la tale operazione, di cui propone incaricarsi. Il diritto civile offre parimente esempi di sì fatto modo di stabilire il mandato (6). In simil caso, il commissionario deve attendere la risposta del suo corrispondente, ed il solo ricevimento di tale risposta dà origine al contratto di mandato e ne fissa l'epoca precisa (7).

113. Poichè le commissioni sussistono infinoattantochè non sieno rivocate, nell'istesso modo le offerte fatte per lettere rimangono intere finchè il commissionario non abbia dichiarato di non persistervi: quegli cui esse sono state fatte può sempre rispondere che le accetta (8). Nulladimeno ciò dev'essere inteso in modo conforme alla ragione. Se l'offerta che vi ò fatto concerneva un affare subordinato alla tale

(1) *De jure pacis et belli*, lib. 2, c. XI, n° 15. — Mio com. della *Locazione*, t. 1, n° 105 (nota).
(2) *Junge*, Delamarre e Lepoitevin (t. 1, ni 96, 98).
(3) Casaregis, *disc.* 179, ni 1, 2, giusta la decisione 161, n° 4, della rota di Genova, e Deluca, *De jurisd.*, disc. 71, n° 4.
(4) *Id.*, n° 100. *Supra*, n° 96. — Pothier, n° 34. — Casaregis, *disc.* 119, ni 32 e 33. — « Mandans « eiva mercator praesumitur in eadem voluntate perseverare, et sic in eodem ordine et commissione alteri « data. »
(5) Delamarre e Lepoitevin, t. 1, n° 100.
(6) *Infra*, n° 133, l'affare del notaio Becq.
(7) Delamarre e Lepoitevin, t. 1, n° 98.
(8) *Id.*, n° 101.

momentanea occasione, e questa occasione è passata senza che voi vi siate deciso, non potrete approfittarvi della vostra tardiva accettazione per obbligarmi a far quello che il tempo à portato via e non rende più fattibile.

114. L'articolo 1985 (1857 LL. civ.) non parla in precisi termini se non del mandato fatto per iscrittura o verbalmente. Ma noi abbiamo già veduto che conviene ampliare il suo testo, e farvi comprendere il mandato fatto per gesto (1).

Ma non è forse necessario un passo più innanzi? Non vi son forse nel diritto de' mandati taciti, siccome vi sono delle tacite conduzioni? O pure la novella legislazione à inteso proscrivere il mandato tacito, per la stessa ragione che à voluto proscrivere le antiche società tacite (2) ed i taciti fedecommessi? In altri termini, quando il mandato non risulta nè da un pubblico atto, nè da una scrittura sotto firma privata, nè da lettere missive, nè da parole confessate da una parte e dall'altra, nè da gesti equivalenti a parole e riconosciuti per sicuri; quando si poggia sopra fatti, circostanze ed azioni, affin di cavarne, per via di necessaria induzione, la pruova dell'esistenza del mandato, si è ammissibile in giudizio ad argomentare di tali fatti ed azioni, ed a collocare un mandato tacito nel luogo di un mandato scritto o verbale?

115. I Romani non ne facevano il menomo dubbio. Ascoltiamo Ulpiano:

« *Si passus sim aliquem pro me fidejubere, vel alias intervenire, mandati teneor;* « *et nisi pro invito quis intercesserit, aut donandi animo, aut negotium gerens, erit mandati actio* (3). »

Lo stesso giureconsulto riproduce questa idea in un altro testo:

« *Qui patitur ab alio mandari, ut sibi credatur, mandare intelligitur* (4). »

Ed anche in altro luogo, parlando in termini più generali, ei dice:

« *Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur* (5). »

Partendo da tal punto, se il possessore di un fondo à tollerato, con cognizione di causa, che quegli il quale gli à venduto questo fondo difendasi esso solo contro un' azione di rivendicazione introdotta da un terzo, questo possessore sarà considerato come parte nel giudicato intervenuto fra l'attore ed il suo autore. E s'ei vuol rimettere in quistione quel ch'è stato già deciso, sarà respinto con l'eccezione della cosa giudicata; perciocchè, potendo impedire la difesa del suo autore, ed in vece avendola accettata con un consentimento tacito ma importante conseguenza, egli resta ligato da una decisione alla quale è considerato essere stato parte (6).

116. Niuna cosa è più ragionevole e più giusta. Voi avete sotto i vostri occhi una persona la quale imprende l'amministrazione de' vostri interessi; voi potete ciò impedire, esprimere un dissenso, produrre un'opposizione, e niente fate di tutto questo. Cosa vi à di più certo della vostra adesione a quel che fa questa persona? E tale adesione forsi non equivale ad un espresso consenso? Qual bisogno vi à mai di parole o di atti per attestare ciò che emerge necessariamente dal vostro modo di agire? *Quid interest an verbis, an facto, voluntatem tuam declarasses* (7)? Siamo noi dunque assoggettati alla solennità delle forme in una materia regolata dal diritto delle genti e dalla buona fede? Che forse agli occhi della pura equità, val dire del buon senso applicato al diritto, una tale adesione, quantunque tacita non deve avere la medesima efficacia di un' adesione dichiarata? *Aut verbis, aut re contrahitur* (8).

117. Perciò gl'interpetri del diritto erano di accordo su questa massima: *Sola patientia inducit mandatum* (9). E Pothier non esita affatto a dare al mandato tacito la stessa forza e la stessa autorità del mandato espresso (10).

Nell'antico diritto, in una parola, ogni qualvolta una persona lasciava principiare e proseguire da un'altra un'operazione che la risguardava, e potendola impedire, serbava silenzio, vi era in tal caso un tacito mandato, tanto importante e tanto valido per quanto era un mandato espresso (11).

Io dico: *potendola impedire*; perciocchè se la persona il cui affare fosse disimpegnato fosse stata nell'impossibilità di esprimere il suo dissenso, non si potrebbe far contro di lei obiezione del suo silenzio (12).

(1) *Supra*, n° 102.
(2) Com. della *Società*, t. 1, n° 198, art. 1834 C. c. (1706 variato LL. civ.).
(3) L. 6, § 2, D, *Mandati*.
(4) L. 18, D., *Mandati*.
(5) L. 60, D., *De regul. juris*. — *Junge*, l. 16, D., *ad senatuscons. maced.*; l. 63, D., *De re judicata*. V. Merlin, Quistioni di diritto, V. *Conto corrente*, § 1, p. 455.
(6) L. 63, D., *De re judicata* (Macer); Cujacio à parlato di questa legge (12, *observ.* 25).
(7) Favre, *Codice*, lib. 4, t. 26, def. 6.
(8) Arg. dalla legge 4, D., *Pro socio*.
(9) Il presidente Favre sulla legge 1, D., *Mandati*; Danty, cap. XII, p. 268, da Accursio sulla legge *Si fidejuss.*, C., *Mandati*; Delamarre e Lepoitevin citano altre autorità, t. 1, n° 74. Soprattutto conviene osservare Menochius, *De praesumpt.*, lib. 1, q. 23, ed in particolare lib. 6, *praesumpt.* 99, n° 18.
(10) N° 29.
(11) Arresto della Corte di Cassazione del 3 novembre 1813. Dal., *Mandato*, p. 964, nota (1).
(12) Favre, da Accursio, sulla legge 18, D., *Mandati*.

118. Sono passati questi principî nel Codice civile? Noi abbiamo già toccato questo punto poco innanzi (1); ma è giunto il momento di trattarlo profondamente.

Toullier e Proudhon si manifestano energicamente per la negativa. L'articolo 1985 (1857 LL. civ.), dice il primo, non contiene affatto che il mandato può esser fatto tacitamente (2). Nell'ultima disposizione di questo articolo, si vede bene che l'accettazione del mandato può esser tacita; ma altra cosa è la commissione, l'ordine, la procura, altra cosa l'accettazione. Il dire che l'accettazione può esser tacita, è lo stesso che dire, per ciò appunto, che la procura dev'essere sempre espressa, soprattutto quando il legislatore à passato in esame i mezzi di pruova della procura, e quando la sua enumerazione non racchiude se non espresse manifestazioni (3). L'avvicinamento dell'ultimo paragrafo dell'articolo 1985 (1857 LL. civ.) col primo dimostra che questo primo paragrafo sia limitativo. Ciò diviene anche più chiaro se si combina l'articolo 1985 (1857 LL. civ.) con l'articolo 1372 (1326 LL. civ.): ed in fatti, si scorge che l'articolo 1372 (1326 LL. civ.) s'impossessa del mandato tacito per ridurlo alla condizione del semplice *quasi-contratto*; ai suoi occhi il fatto della persona la quale conosce la gestione che altri effettua del suo affare non è mica bastevole per far supporre questo preciso e positivo consenso senza di cui non esiste il contratto di mandato, ecc. ecc. Inoltre come mai, aggiunge Proudhon, ammettere indefinitamente la supposizione di un tacito mandato tratto dal solo silenzio di qualcuno, quando la legge nega anche la pruova del mandato verbale, trattandosi di un valore maggiore di 150 franchi?

119. Duranton (4) e Delamarre e Lepoitevin (5) credono del pari che il Codice civile abbia inteso abrogare il mandato tacito. Solamente essi riconoscono che, quantunque abolito in generale, il mandato tacito, conforme affatto alla ragione per quanto è il mandato espresso, è ammesso in molti casi dalla forza delle cose, più potente di quel che sia una proibizione senza motivi.

Quindi, dicono questi autori, la consegna ad un usciere della copia di un atto notariale o di un arresto, implica virtualmente un mandato per fare le esecuzioni e ricevere il pagamento.

Lo stesso è a dirsi della consegna di una produzione ad un avvocato, consegna la quale fa supporre il mandato tacito di agire in giudizio per la parte (6).

Del pari ancora, dicono gli stessi autori, la giurisprudenza della Corte di cassazione decide che una moglie la quale à l'uso di far gli affari di suo marito à la tacita facoltà di renderlo obbligato (7).

Sì fatte decisioni sono approvate dai sopra citati autori. Ma a me sembra difficile conciliare quest'adesione dalla loro parte col senso ch'essi attribuiscono alla legge; imperciocchè se il Codice à voluto proibire in generale il mandato tacito, questo non potrebb'essere ammesso ne' casi particolari dianzi discorsi, senza fare una evidente contravvenzione a disposizioni abrogatorie e da rispettarsi

120. A meno che non si voglia usare il ritrovato di dire con Proudhon che il mandato dell'avvocato e dell'usciere non è mica un *mandato tacito*, e ch'esso dev'essere qualificato per *mandato espresso*, *dal fatto* (8). Ma io non so se i giureconsulti che vorranno ben ricordarsi di ciò che, per esempio, chiamasi in diritto *tacita* riconduzione (9), non troveranno che Proudhon abusa un poco della variabile forza delle parole. Un mandato il quale non è altrimenti espresso se non dal fatto è precisamente il mandato tacito; del pari che una locazione la quale non risulta se non dal fatto del possesso tollerato dal locatore è una tacita locazione. Se questo mandato non è espresso che dal fatto (*re*, come dice Modestino in qualche luogo (10)), è quello adunque che non è espresso dalla parola e dalla scrittura; è quello adunque che è tacito. Imperciocchè si chiama, particolarmente, consenso tacito, quello che non è dichiarato con la parola e con la scrittura (11) e che dipende virtualmente da certi fatti, da certi atti, da certe situazioni, da certe circostanze (12). Cosa è mai, per esempio, un fedecommesso tacito, *tacitum fideicommissum* (13), se

(1) N° 71.
(2) T. 11, ni 25, 26.
(3) *Junge*, Proudhon, *Usufrutto*, t. 3, n° 1327.
(4) T. 18, n° 218.
(5) Ni 70 e segg.
(6) *Junge*, Danty, p. 269.
(7) Cassaz., 25 gennaio 1821; 2 aprile 1822.
(8) *Loc. cit.*, n° 1328.
(9) Art. 1738 e 1759 (1584 e 1605 LL. civ.). Vi à il *fatto* del conduttore che continua il suo godimento senza opposizione del locatore (mio com. della *Locazione*, t. 2, ni 443, 444 e segg., 453, 606, ecc.). Questo possesso, diceva Berlier, *è un fatto*. Vi si scorge un contratto di affitto senza scrittura.
(10) L. 4, D., *Pro socio*.
(11) Furgole, *Test.*, t. 3, p. 52, n° 61.
(12) V. Mantica, *De tacitis et ambiguis contract.*
(13) Papin., l. 3, D., *De probat.*

non quello che non è dichiarato nel testamento o nel codicillo (1), che sou le forme adottate dalla legge per l'espressione di un' ultima volontà? Per la stessa ragione, non è egli chiaro che il mandato tacito è quello che non dipende dagli atti scritti o dalle parole che servono abitualmente ad esprimere il pensiero di un mandato? Del rimanente, Proudhon è il solo degli autori ai quali mi dirigo che abbia imaginato una tale sfuggita. Duranton, Delamarre e Lepoitevin non esitano a vedere francamente il mandato tacito ne' casi sopra citati; ed approvano l'uso di tale mandato tacito malgrado l'interpetrazione da loro data in generale all'art. 1985 (1857 LL. civ.). Ma interpetrare l'art. 1985 (1857 LL. civ.) in un senso, ed applicarlo in un altro, è cosa che io non ammetto e non comprendo.

121. Bisogna dirlo? Non è vero che l'art. 1985 (1857 LL. civ.) abbia proscritto il mandato tacito (2); e se la giureprudenza giudica quotidianamente che vi sono de' mandati taciti e liga le parti con un ligame contrattuale, si è pel motivo che non vede differenza alcuna fra il diritto moderno ed il diritto antico. Ed in vero non ne esiste.

Per dare all' argomento *a contrario*, che Toullier trae dall' ultimo paragrafo dell' art. 1985 (1857 LL. civ.) la virtù di operare nel diritto una sì grande innovazione, bisognerebbe indagare prima di tutto se il sistema generale di questo Codice sia disfavorevole al consenso tacito. Ora, la più semplice investigazione stabilisce che il moderno legislatore, amico affatto della verità per quanto ersne l'antico legislatore, non s'incarica se non di una cosa, quella cioè di conoscere se esiste il consentimento (3). Quando egli lo scorge certo, positivo, indubitabile, lo accetta come buono, senza far dipendere la sua legittimità da talune privilegiate manifestazioni. Si sa quello che il Codice civile à deciso sulle riconduzioni tacite, contro le quali si elevavano molti richiami (4); e si conosce che esso non si è mica arrestato a vani scrupoli, e che l'affitto tacito à ottenuto adito nelle disposizioni degli articoli 1738 e 1759 del Cod. civ. (1584 e 1605 LL. civ.). Leggete poi l'articolo 1922 (1794 LL. civ.) che, nel titolo del deposito, mette il consenso tacito nell'istessa linea di quello espresso. Aggiungetevi gli articoli 1578 e 1998 (1391 e 1870 LL. civ.) i quali valutano altamente il tacito consentimento! Quivi si trova lo spirito generale del Cod. civ., legislazione di diritto naturale e di equità, che preferisce alla forma l'essenziale della cosa, e non si trattiene che al vero.

122. So bene che questa regola non è assoluta: essa soffre delle eccezioni. Vi sono certi casi nei quali la volontà è presa in considerazione solamente quando è rivestita di certe formalità esterne. Ma allorchè trattasi di un contratto qual è il mandato, in cui domina il diritto delle genti, sarebbe d'uopo di ben altro che di un argomento *a contrario* per pruovare come il mandato sia assoggettato ad una sacramentale manifestazione. *Quid interest an verbis, an facto, voluntatem tuam declarasses* (5)?

123. Ciò non è tutto. Questo argomento *a contrario* è a prima vista distrutto e dall'articolo 1578 Codice civile (1391 LL. civ.), il quale attinge dalla mancanza di opposizione della moglie la pruova di un mandato tacito fatto a suo marito per l'amministrazione de'suoi beni parafernali, e soprattutto dall'art. 1922 del Codice civile (1794 LL. civ.), il quale, sul proposito di un deposito effettuato per procura, si contenta del *consenso tacito* di colui la cosa del quale è depositata. Si dirà forse, per difendere Toullier, che l'art. 1922 (1794 LL. civ.) fa eccezione all'art. 1985 (1857 LL. civ.)? L'espediente non sarebbe buono. Ed in vero, perchè mai una tale eccezione? Qual fondamento convenevole potrebbesi assegnarle? Quale necessità speciale l'avrebbe fatta introdurre? L'art. 1998 (1870 LL. civ.), che ammette la tacita ratificazione in un caso equivalente a mandato, è dunque pure un' eccezione? No. L'art. 1922 (1764 LL. civ.) si liga all'art. 1985 (1857 LL. civ.); esso lo rischiara e lo completa; e lo mostra tale qual è, val dire dimostrativo non già limitativo, e sottoposto a questa regola di buon senso che non mette differenza alcuna fra la volontà espressa e la volontà tacita: *Eadem vis est taciti ac expressi* (6); o pure, come non si saprebbe troppo ripeterlo, *quid interest an verbis, an facto, voluntatem tuam declares!!*

124. Ma perchè dunque, si dirà nel sistema di Toullier e di Proudhon, perchè dunque l'art. 1985 (1857 LL. civ.) fa una distinzione fra la procura e l'accettazione? Perchè mai, dopo aver enunciati i modi con cui può esser fatta la procura, nel numero de' quali non è mica compreso il consenso tacito, esso aggiunge con una specie di studio: « L'accettazione del mandato può essere tacita, e risultare dall'esecuzione? »

Ecco la mia risposta:

(1) Giuliano, l. 103, *De legat.*, 1.°
(2) Delvincourt, t. 3, p. 238 (note). — Zachariae, t. 3, p. 123, § 411. e la nota (2).
(3) Art. 1738 e 1759 C. c. (1584 e 1605 LL. civ.), 1922, 1578, 1998 (1794, 1391, 1870 LL. civ.).
(4) Mio com. della *Locazione*, t. 2, n° 443 e seg.
(5) Favre, Codice, l b. 4. t. 26; def. 6.
(6) Arg. dalla legge 3, D., *De reb. credit.*—Menoch., *De praesumpt.*, lib. 4, *praes.* 89, n° 140, e l. 1, *quaest.* 49, n° 2, ecc.

Il progetto del Codice richiedeva che la procura fosse sempre scritta (1), come per l'appunto è praticato in varî paesi stranieri (2). Essa non poteva esser verbale, ed a più forte ragione non poteva essere nè anco tacita. La sola accettazione poteva risultare da attestati non scritti o da fatti di esecuzione.

Il Tribunato si oppose fortemente contro questa disposizione; e ricordò che nelle materie del valore al di sotto di 150 franchi, vi era un principio generale che autorizzava la pruova testimoniale, principio il quale regolar dovea il mandato (3) Si fatta osservazione apportò la redazione che forma oggidì l'art. 1985 (1857 LL. civ.). Ed il Tribunato fece quivi inserire delle riserbe pel mandato verbale e per la pruova testimoniale. Si obliò di menzionare nominativamente il mandato che risulta dai fatti, o sia il mandato tacito: ma tale omissione è inconcludente; giacchè la lacuna è riempita dal diritto comune. Inoltre, l'ammissione del mandato puramente verbale trae seco di necessità l'ammissione del mandato che deriva dai fatti, i quali ànno la stessa efficacia delle semplici parole, e contengono pur anco manifestazioni eloquenti. Se, oltre le parole, vengono riconosciuti i gesti che sono un linguaggio in azione; se la forza delle cose obbliga a dar loro l'accesso, quantunque l'art. 1985 (1857 LL. civ) non li nomina affatto; perchè mai si vorrebbe che questo medesimo articolo fosse più inesorabile e più limitativo in ciò che concerne i fatti la significazione dei quali non è mica dubbievole? Quel che vi à di sicuro si è, che quando avvenne il preparamento dell'art. 1985 (1857 LL. civ.), fu dichiarato ed inteso, ne' discorsi ufficiali de' commissarî del governo e del Tribunato, « chè il mandato non è assoggettato a veruna « particolare formalità *che sia essenziale alla « sua validità* (4). » Intanto, cosa mai si farebbe se si escludesse il consenso tacito? si collocherebbe questo mandato nella classe de' contratti eccezionali; si richiederebbe una particolare manifestazione della volontà; e si verrebbe ad allontanarsi « dalla natura de' contratti consensuali la quale vuole che il consentimento « possa esser dato *in qualunque forma propria* a manifestarlo (5). » Rispettiamo adunque il voto del legislatore: questo voto è espresso ben chiaramente da' suoi organi, perchè sia annientato da una redazione incompleta e tocca da imperfezioni tanto frequenti a rinvenirsi negli articoli venuti a luce dietro il tiramento delle emendazioni.

125. Secondo Proudhon, non dev' esserne così, da che la legge, ributtando la pruova di un mandato verbale quando trattasi di più di 150 franchi, è considerata aver con ciò rigettata la supposizione di un mandato tratto dal solo silenzio. Ma questa che vuol dire? Il mandato verbale, che non è dichiarato, è sconosciuto; ed in qual modo potrebbe trarsi una pruova da ciò che non appare? « *Ex his quae non apparent nulla praesumptio colligitur* (6). » Ma il silenzio, congiunto alla conoscenza di colui che potendo agire è rimasto nell'inerzia, questo silenzio è qualche cosa di certo e di positivo, che à un significato, e che non saprebbesi comparare a ciò che non esiste (7). E poi, Proudhon non à avvertito che la sua assimilazione torna contro di lui in tutt'i casi ne' quali è ammessa la pruova testimoniale del mandato verbale. Perchè mai, in sì fatti casi, si rigetterebbe questa supposizione del mandato tacito che il nostro autore sembra mettere sulla stessa linea della pruova testimoniale del mandato verbale?

126. Ma aggiungiamo una riflessione di maggior considerazione.

L'ultimo paragrafo dell'art. 1985 (1857 LL. civ.) ammette la tacita accettazione del mandato, o permette d'indagare ne' fatti di esecuzione la pruova di quest' accettazione. Ora, in quanti casi i fatti di accettazione tacita e gli atti di esecuzione non costringeranno a rimontare alla loro prima causa, e non dimostreranno necessariamente l'antecedente del conseguente? Che! ecco degli atti di esecuzione i quali sono pruovati d'essere stati fatti in nome d'una persona, con la sua presenza e 'l suo concorso, in circostanze dalle quali emerge la pruova evidente, quantunque virtuale, di un ordine o commissione da essa emanata; e sarà vietato ad una mente logica di conchiudere, da que' fatti di esecuzione, che vi è stato un mandato tacito di cui son questi la conseguenza!!!

127. Ciò non è tutto: l'art. 1998 (1870 LL. civ.) riconosce la legittimità della tacita ratificazione, e la mette allato alla ratificazione espressa: esso permette di ricercare ne' fatti la pruova non scritta, non espressa, dell'adesione del mandante. E si vorrebbe che questa pruova, così autorizzata nel caso di un consentimento posteriore alle operazioni del mandatario, re-

(1) Art. 2. *Il mandato dev' essere scritto.* — Fenet, t. 14, p. 568.

(2) Danty su Boiceau. p. 280 ni 18 e 19, cita l'editto perpetuo de' Paesi Bassi, e lo statuto di Milano.

(3) Fenet, t. 14, p. 575.

(4) Bertrand de Greuille, tribun. — Fenet, t. 14 p. 606.

(5) Tarrible, tribuno (Fenet, t. 14, p. 591).

(6) Menochius, lib. 1, q. 23. n° 2.

(7) Menochius, lib. 1, *praesumpt.* 99, n° 10. V. inoltre l'art. 1578 del C. c. (1391 LL. civ.), il quale tronca la quistione.

stasse priva di efficacia, quando mette in luce un consentimento contemporaneo di quei medesimi fatti !!!

128. Quanto all'art. 1372 (1326 LL. civ.), invocato da Toullier in sussidio dell'art. 1985 (1857 LL. civ) per l'abolizione del mandato tacito, io non ó potuto ammettere giammai le conseguenze ch'ei ne deduce. Agli occhi suoi, l'art. 1372 (1326 LL. civ.) à cambiata tutta la teoria del diritto romano e dell'antico diritto francese. Mentre che un tempo era principio fondamentale che la gestione di negozi non potesse aver luogo se non se con l'essenziale condizione d' essere la gestione istessa ignorata da colui l' affare del quale era fatto, oggidì, e secondo l'art. 1372 (1326 LL. civ.), il quasi-contratto *negotiorum gestorum* esiste anche quando il proprietario à conosciuto la gestione. Questa conoscenza, che le leggi romane e tutto il diritto antico assimilavano ad un mandato, o, per meglio dire, nella quale si ravvisava un mandato tacito, questa conoscenza non à al dì d'oggi di veruna importanza. Il Codice civile non riconosce in essa il mandato tacito ; e lascia l'azione cui essa viene a confondersi nella classe de' quasi-contratti. Non à questa una novella pruova della esclusione fatta dal Codice civile del mandato tacito ?

Ecco la mia risposta.

129. Primieramente sarebbe un cattivissimo ragionamento quello di conchiudere che il Codice civile à soppresso tutt'i mandati taciti, dal perchè l' art. 1372 (1326 LL. civ.) avrebbe rifiutato di vedere un tacito mandato nella semplice conoscenza del proprietario che non si oppone alla gestione de' suoi negozi impresa da altri. Vi à una quantità di mandati taciti che derivano da fatti ben diversi dalla conoscenza e dalla tolleranza. Non si comprende come questi sarebbero colpiti da una disposizione il cui unico scopo sarebbe stato quello di non attaccare al silenzio della persona, l' affare della quale si disimpegna, la medesima importanza che il diritto romano vi attribuiva. La sola conclusione logicamente ammissibile sarebbe questa, che il Codice civile à abolito la presunziona del mandato tacito stabilita, in tal caso, dalle leggi romane e dall'antica giureprudenza. Ma non converrebbe generaleggiare la soppressione, ed estenderla a tutt' i casi di mandati taciti, ed anche a quelli ne' quali si rincontra non solamente la conoscenza di tal silenzio del proprietario, ma ancora de' fatti positivi, degli atti esteriori, e delle mute ripruove, che lasciano la sua volontà senza equivoco. Si è questo quanto fa, secondo Delvincourt (1), Zachariae giureconsulto straniero, la cui opera elementare gode in Francia una giusta estimazione (2). Il quale, partigiano del mandato tacito (come sono io), si limita a non considerare il solo silenzio della persona che conosce la gestione de' suoi affari assunta da un terzo, e che non vi fa opposizione, siccome produttivo di un tacito mandato.

130. Ma bisogna andare più lungi ; e non si deve nè anco fare questa concessione ad interpetrazioni le quali sconoscono il vero spirito dell' art 1372 (1326 LL. civ.). No ! non è vero affatto che tale articolo ributta il mandato tacito risultante dalla scienza e dal silenzio del proprietario (3) : non è vero che, su questo particolare, il Codice civile abbia voluto abrogare la massima romana, o sia, per meglio dire, la regola di buon senso, « *Semper qui non* « *prohibet pro se intervenire, mandare cre-* « *ditur.* » Se l' art. 1372 (1326 LL. civ.) avesse voluto che la gestione de' negozi altrui, con la conoscenza del proprietario, fosse, in tutt' i casi ed in un modo generale, un quasi contratto e non un vero contratto di mandato, la legislazione del quasi-contratto *negotiorum gestorum* presenterebbe un caos indigesto, e meriterebbe d' essere racconciata.

131. Imprima, nè le discussioni del consiglio di stato, nè i discorsi ufficiali, ànno espresso la volontà di allontanarsi dai principî del diritto romano insegnati da Pothier. Si sarebbe tentato di operare un sì grande cambiamento nelle nozioni universalmente ricevute, senza avvertirne i giureconsulti, ed usando una specie di sorpresa ?

Quale è mai il sistema delle leggi romane ? Si è quello che la gestione di negozi dev'essere impresa all' insaputa del proprietario. E perchè ? pel motivo che si fatta azione non può avere la denominazione di quasi-contratto, se non in quanto non vi à mandato espresso o tacito, e che vi à un tacito mandato se il negozio è impreso à vista ed a saputa del proprietario che tollera la gestione.

Ma ne deriva forse che l' ignoranza del proprietario deve durare sino al compimento dell' affare ? No. E molti testi preveggono positivamente il caso di tale conoscenza che sopraggiunge dopo il fatto, senza togliere all' azione la natura di quasi-contratto.

Ulpiano ce ne presenta un esempio nella legge 6, § 2, D., *Mandati*: *Si passus sim aliquem pro me fidejubere, vel alias intervenire, mandati teneor*; *et nisi quis intercesserit . . . negotium gerens, erit mandati actio.*

Egli suppone che il proprietario à tollerato un fatto d' intervenimento ne' suoi affari ; *passus sum.* Ed intanto riconosce che sì fatto stato di cose non è mica incompatibile con la gestione di negozi : *nisi negotium gerens*

(1) T. 3, p. 238 (note).
(2) T. 3, p. 123.
(3) Ne fa pruova l'art. 1578 del Cod. civ. (1391 LL. civ.).

Ed in qual caso questa tolleranza si concilia con la gestione di negozi? Ua testo di Paolo chiarisce tale questione (1). Il caso è quando iatervieoe la conoscenza dopo il fatto, imperciocchè allora non esiste alcun mandato che abbia preseduto al cominciamento dell'impresa, e la gestione è stata assuota seaza il concorso del proprietario. *Nam mandati octio non potest competere cum non* ANTECESSERIT *mandatum*. E poichè nell'origine non vi è stato alcua mandato, come mai volete voi che sia concessa l'azione di mandato? Ciò che devesi coasiderare si è l'assenza del proprietario (*utilitas absentium*) (2), ovvero la sua ignoranza, nel principio della gestioae. Allorchè l'affare è stato cominciato senza di lui, a sua insaputa, poco importa che indi a tanto egli venga ad aver coaosceaza della gestioae.

Io dico che questa tardiva conoscenza aon cambia mica la natura dell'azioae; e ciò è in fatti quel che espressamente decide il giureconsulto Scaevola nella legge 9, D., *De negot. gest.*; giacchè egli giunge sian a mettere per regola che la ratificazione del proprietario aon dia luogo all'azione di mandato. e ch'essa faccia rimanere in vigore l'azione *negotiorum gestorum*. « *Nam ut que mandatum non est*; *erit* « *igitur, et post ratihabitionem, negotiorum* « *gestorum actio.* » E questa non è quivi una decisioae staccata; da che essa è riprodotta nella legge 9, al Codice di Giustiniaoo, *De negot. gestis*, egualmente che nella legge 6 § 9 e 10, ff. *negot. gestis*, improatata dalle opere di Giuliano (3).

La ragione è questa, che, in tale materia più che in qualunque altra, si attende alla regola: *Initium est inspiciendum*. Ne vieo dato il consiglio dal giureconsulto Paolo (4). Il quale vuole che si ricerchi con quale volontà siasi presa dal gestore l'iniziativa del negozio. Ora, costui noa era *ab initio* un vero mandatario, e l'approvazione che gli è data dopo il fatto non può conferirgli questo carattere.

In verità, la ratificazione produce un effetto retroattivo che la fa agguagliare al mandato (5). Si è per questo che Accursio à sostenuto che quando il gestore à avuto l'approvazione, l'azione è di mandato, non già quella di gestione di negozio. Ma Cujacio à notato il suo errore, meravigliandosi che una mente tanto esercitata siasi ingaanata in un subbietto sì facile, *in re facillima* (6). Ed in vero, cosa mai si vuole che faccia la ratificazioae in azioni nelle quali è inutile interamente e non aggiunge oiente all'obbligazinae derivante dal fatto officioso? Forse il gestore à bisogno di un'approvazioee che gli vieo data dal diritto naturale e dalla legge scritta? In che modo allora può supporsi che il proprietario, approvando qaello che vien fatto, à voluto ed à potuto mutare il carattere dell'azione e trasformarla in mandato? Una tale ipotesi non è affatto ammissibile. Conviene adunque lasciar la massima, che *la ratificazione è un vero mandato*. pe' casi ae' quali è questa necessaria per lo sgravio del gestore. Ma essa aon è di alcuna importanza quando la ratificaziooe è seaza utilità; nel quale caso, la conoscenza de' fatti di gestioae, acquistata dopo dal proprietario, non impedisce che l'azioue rimanga quel che era *ab initio*, val dire una semplice gestione di negozi.

E bene! si è ad una conoscenza simile a quella di cui ora abbiam discorso che fa allusione l'articolo 1372 del Codice civile (1326 LL. civ.): il quale noa se ne occupa se non nel senso delle leggi romane, o sia ia quello d'una conoscenza acquistata dopo il fatto, d'una conoscenza che à luogo sopra operazioni effettuate *ab initio* seaza mandato; e si verrebbe a rovesciare tutt'i priacipî della materia, qualora si desse una più grande esteasione alla dicitura incidente che la esprime in modo enunciativo. Qual è mai ia realtà l'idea dominante dell'articolo 1372 (1326 LL. civ.)? Quella di far bene inteadere che il gestore deve contiauare a condurre a termiae l'affare fino a che il proprictario sia in istato di provvedervi egli stesso; e affin di rendere questa obbligazioae del pari positiva che possibile, l'articolo 1372 (1326 LL. civ.) dichiara, ch'essa à luogo, taoto se il proprietario abbia coaosciuta la gestione, quanto se l'abbia ignorata: saggia precauzioae, perchè il gestore avrebbe potuto farsi pretesto di sì fatta conoscenza per abbandonare prematnrameate l'ammiaistrazione che à assunta, e bisogna che la sua obbligazioae non sia subordiaata alla scienza od all'ignoranza del proprietario (7). Ma tale coaoscenza, che l'articolo 1372 (1326. LL. civ.) suppone possibile, è quella che le leggi romane ci mostrano accoppiabile col quasi-contratto *negotiorum gestorum*; evidentemente è quella che succede tardivamente e do-

(1) L. 20, § 1, D., *Mandat.*
(2) Ulp., l. 1, D., *Negot. gest.* — Cajo, l. 2, D., *loc. cit.*
(3) *Junge*, l. 25, C., *De donat. inter vir. et ux.* — Casaregis, *disc.* 191, ni 14, 15, 16.
(4) L. 15, D., *Negot. gest.* (lib. 9, *ad edict.*).
(5) Ulp., l. 60. D., *De reg. juris.*
(6) Sulla legge 6, § 10, D., *De neg. gestis*, nel suo comento del 3° libro del Digesto di Giuliano. Checchè dicesse Cujacio della facilità di questa quistione, gl'interpetri ne sono stati molto esercitati. V. Hilliger su Doneau, t. 4, p. 129, note; Huber, sul Digesto, *De negot. gestis*, n° 5; Voet, *De neg. gest.*, 14, ed altri autori da costoro mentovati. — Delamarre e Lepoitevin professano un'opinione che riproduce quella di Accursio (t. 1, n° 187, p. 296, nota (1)). — *Infra*, n° 619.
(7) Tarrible sull'art. 1372 (1326 LL. civ.). (Fenet, t. 13, p. 483).

po il fatto, e lascia all' azione il suo carattere iniziale; e non si può estenderla, senza abuso d' interpetrazione, alla conoscenza che precede o accompagna il cominciamento della gestione, che autorizza la gestione istessa nel suo principio mercè un silenzio approvativo, e che equivale ad un mandato: articolo 1578 (1391 LL. civ.). Gli oratori del governo e del Tribunato non lasciano verun dubbio a tal riguardo. Treilhard, per esempio, suppone l'assenza o l'ignoranza del proprietario nel momento in cui il suo negozio vien preso ad amministrare dal gestore (1). Bertrand de Greuille sottintende in un modo non meno preciso, che la conoscenza del proprietario è quella che avviene quando le cose non sono più nello stato primiero (2).

Io dico adunque che nella nostra moderna legislazione non vi à niente di mutato nè sul mandato tacito, nè sulla gestione di negozi: i nostri testi debbon essere interpetrati con i riguardevoli insegnamenti della legge romana e con le savie applicazioni della nostra antica giureprudenza. Tutte quelle modificazioni delle quali ci parlano taluni libri moderni altro non sono che errori: la verità è questa, che il mandato tacito gode nel nostro Codice civile lo stesso luogo che aveva nell' antico diritto; ed io ò citato gli articoli 1578, 1922, 1998 (1391, 1794, 1870 LL. civ.), dai quali esso deriva solennemente. In ogni momento lo si trova ammesso nella materia delle società (3), ed in quella della fedeiussione (4); e la pratica di numerosi arresti, ponendosi al disopra degli errori della teoria, gli attribuisce i medesimi diritti e la stessa autorità del mandato espresso.

132. Preveggo intanto una obiezione, cui mi affretto a rispondere. Ò detto nel mio comento delle *Società* (5), che l'articolo 1834 del Codice civile (1706 variato LL. civ.), il quale è l'espressione del diritto comune in materia di pruova delle convenzioni, trascina la caduta delle antiche società tacite tanto frequenti nel medio evo. Se è così, perchè mai l' articolo 1985 (1857 LL. civ.), che non è meno conforme al diritto comune, e che ne riproduce con minor rigore i principi generali relativi alla pruova delle convenzioni, non avrebbe abolito egualmente, e per identità di motivi, il mandato tacito delle leggi romane e della nostra antica giureprudenza?

Ecco la soluzione di tal dubbio: le società tacite erano un' istituzione consuetudinaria, la quale godeva del privilegio, inerente alla sua essenza, d'essere dispensata dalla pruova scritta, e di appalesarsi giuridicamente mercè la pruova testimoniale. Se queste società erano chiamate col nome di tacite (*taisibles*), è perchè dipendevano da certe operazioni alle quali la legge attribuiva di pieno diritto il carattere di società (6), da certe operazioni, io dico, che la legge, la sola legge, essa stessa, qualificava col nome di società. Il Codice civile à estesa e generalizzata l'abolizione di sì fatte società legali (se così posso esprimermi), la quale ebbe cominciamento dall' ordinanza di Moulins: à negato a queste società consuetudinarie il privilegio di sottrarsi al diritto comune e di manifestarsi giuridicamente con la pruova testimoniale: à voluto che esse fossero sottoposte all'influenza delle disposizioni dettate sulla pruova delle convenzioni. Ma da ciò non deriva affatto che il Codice civile à vietato ai giudici di prendere in considerazione i fatti riconosciuti, costanti, evidenti, indipendentemente da ogni pruova orale, dai quali emerge virtualmente la pruova d' una società effettiva benchè non scritta. In questo senso, le società tacite non sono state colpite dalla legge moderna più delle tacite riconduzioni e de' taciti mandati. Ciò che l' articolo 1834 del Codice civile (1706 variato LL. civ), à inteso fare, si è di togliere associazioni, che in qualche modo rivendicavano il carattere della comunione legale fra gli sposi, e che risultavano di pieno diritto da certi fatti determinati dalle consuetudini e suscettibili sempre d' essere stabiliti mercè la pruova testimoniale (7).

133. Veniamo ora alla giureprudenza sul mandato tacito. Si è parlato di taluni arresti (8), ma non si sono citati con esattezza. L' arresto della camera de' ricorsi del 25 gennajo 1821, sul rapporto di Lasagni, è profferito in materia commerciale, non già in materia civile. Inoltre, la Corte stabilì che, secondo la dichiarazione de' giudici della causa, il mandato in quistione non era tacito, che in vece era espresso, e che risultava così dalle confessioni che dai fatti del mandante (9).

(1) Fenet, t. 14, p. 466, « Se sia lodevole azione quella *d' imprendere l' amministrazione dell' affare di un assente*, ecc. »

(2) Il proprietario della cosa, qualora ignori la gestione, non può spiare colui che se ne è volontariamente incaricato, *e s' ei viene a conoscerlo*, ecc. — Fenet, t. 14, p. 471.

(3) Arg. dall' art. 1850 (1722 LL. civ.), e mio com. delle *Società*, t. 2, ni 712, 714; arg. dagli art. 1862, 1864 (1734, 1736 LL. civ.), e mio com. di questi articoli: *Società*, t. 2, ni 807, 808.

(4) Mio com. della *Fideiussione*, n° 17, e Pothier, *Oblig.*, n° 367.

(5) T. 1, n° 198.

(6) V. le consuetudini riferite nel mio com. della *Società*, t. 1, n° 197.

(7) Se ò detto, al n° 207 del mio com. della *Società*, qualche cosa che possa non presentare questa verità in tutto il suo lume, io qui la schiarisco.

(8) Duranton, t. 18, n° 219. — Zachariae, t. 3 p. 123, nota (2).

(9) Devill., 6, 1, 372

Anche in tal modo è pronunziato in materia commerciale l'arresto della camera civile della Corte di cassazione del 2 aprile 1822; e leggendo con attenzione i fatti della causa, vedesi che la pruova del mandato era stata ricavata dalla Corte reale di Amiens, non solamente dai fatti, ma eziandio da un interrogatorio cui il mandante era stato sottoposto (1).

Questi arresti non sono quelli adunque che posson essere invocati per determinare l'esatto senso dell'articolo 1985 (1857 LL. civ.).

Ma ecco quelli che regolano si fatto punto di diritto nel senso della nostra opinione.

Un notaio riceve una somma di 84,000 franchi dalle mani di uno che vuol mutuarla ad interesse; parecchi giorni dopo, il prestito è stabilito nello studio del notaio: è stato costui depositario o pur mandatario? Se si sostiene ch'egli è mandatario, ove mai è la pruova scritta o verbale di tal mandato? Non ve n'à affatto. Ma almeno non si potrebbe trarre giovamento dai fatti riconosciuti costanti, affin di dedurne la pruova di un tacito mandato? Sì! e questo è stato deciso da un arresto della camera de' ricorsi nel 3 dicembre 1835, sulle conchiusioni del dottissimo avvocato generale Signor Nicod (2). Il fatto che nella specie avea servito di punto di partenza alle induzioni della Corte reale, era la ricevuta degli 84,000 franchi nelle mani del notaio pria che le parti fossero in presenza l'una dell'altra, e pria che fosse stipulato il mutuo; e la Corte di cassazione dichiara che la Corte reale non à potuto violare veruna legge vedendo *in questo fatto* la pruova di un mandato.

Tale arresto è tanto più importante in quantochè decide esattamente una quistione che un arresto della stessa camera, emesso nel 2 dicembre 1824, non avea sì francamente attaccata, poichè aveva creduto dover unire al mandato tacito una gestione di negozio (3). Ecco il fatto: pretendevasi che il notaio Gaume di Besanzone avea dato a due suoi scritturali un tacito mandato per ricevere i pagamenti che sarebbero fatti da molte persone associate insieme contro i cambi di reclutazione, e presedere a questa vicendevole assicuranza. Vari pagamenti erano stati effettuati nelle mani degli scritturali, ed uno di costoro aveali sciupati. Gaume sostenae che questo affare non lo risguardava, che non veniva presentato nessun mandato fatto da lui, e che i suoi scritturali erano risponsabili essi soli. La Corte reale di Besanzone non la intese in tal guisa: consultò i fatti e gli antecedenti: e stabilì che le quietanze erano state rilasciate, *in nome di Gaume* dai suoi scritturali; che, dalla fiducia prestata da Gaume a costoro, e dal modo col quale i pagamenti erano stati effettuati e la società era stata organizzata, era evidente che i due scritturali erano *mandatari abbastanza autorizzati benchè tacitamente*, per un affare cui i *pubblici avvisi avevano in nome di Gaume invitato i terzi*; . . . e che vi era stato un *tacito mandato* fatto da Gaume ai suoi scrivani.

Questo arresto (4), che stabilisce con tanta precisione ed energia la dottrina del mandato tacito, fu denunziato alla Corte di cassazione. Fu sostenuto che doveva essere cassato, perciocchè la Corte reale aveva ammesso un *mandato tacito* dietro *semplici presunzioni* inammissibili in una materia nella quale la pruova testimoniale non poteva essere accolta ai termini degli art. 1341, 1347, e 1358 del Codice civile (1295 variato, 1301, e 1312 LL. civ.) insieme combinati.

La camera de' ricorsi rigettò il gravame; e, quantunque ammettesse il mandato tacito, di cui la Corte reale erasi esclusivamente occupata, credette dover aggiungere che Gaume era stato *gestore degl' interessi de' soci* e risponsabile del *deficit* cagionato dal *fatto delle persone DA LUI PREPOSTE*. Io dico ch'essa ammise il tacito mandato; perciocchè, senza arrestarsi al sistema di Gaume il quale sosteneva che gli scrivani del suo studio non erano affatto i suoi mandatari per l'operazione in quistione, e senza attaccare alcuna importanza alla teoria di diritto mercè cui cercavasi da Gaume di toglier loro la qualità di mandatari, dichiarò, allo stesso modo che aveva fatto la Corte, essere essi *persone da lui preposte*: dunque coloro erano i suoi taciti mandatari; dunque vi esisteva un mandato particolare che ad essi era stato fatto per quell'affare speciale. Imperciocchè, in tesi ordinaria, se uno scritturale è preposto di diritto del notaio per ricevere le scritture e le spese di registro, non lo è pe' depositi di danaro senza un' autorizzazione (5).

Un arresto di rigetto della camera civile, del 19 marzo 1845 (6), offre la stessa mancanza di chiarezza nella sua redazione, allato ad una espressione non meno decisiva nel merito.

Un arresto della Corte reale di Douai pronunziato ai 2 dicembre 1840 aveva dichiarato il notaio Becq risponsabile di un mutuo conchiuso imprudentemente da lui in qualità di

(1) Devill., 7, 1, 48.
(2) Dalloz., 36, 1, 17, 18.—*Supra*, n° 24.
(3) D., 25, 1, 20. Devill., 7, 1, 576.
(4) Devilleneuve assegna ad esso la data del 20 agosto 1823.
(5) *Id.*
(6) Devill., 45, 1, 262.

mandatario del mutuante. E donde la Corte reale avea fatto derivare questa qualità di mandatario ? Essa l' aveva tratta *dai fatti della causa* ; e non è bisogno di dire quale fosse la difesa adottata nel ricorso. Quegli difendevasi imprima con la violazione de' principi del Codice civile sulla pruova delle obbligazioni, e con la creazione di un tacito mandato, smentito dalle qualità che Becq aveva assunte,e contrario alle dichiarazioni degli atti. Sforzavasi poscia di dimostrare, che, anche nel fatto, l'idea di un mandato era respinta dalle circostanze. Il mutuo era stato stipulato dal mutuante in persona : questo mutuante era comparso *nomine proprio* : Becq adunque non poteva essere stato altro se non un semplice consultore.

Ad onta di queste ragioni, il ricorso fu rigettato. È cosa utile studiare i motivi di questo arresto.

Nella sua prima considerazione, esso cita l' art. 1372 del Codice civile (1326 LL. civ.) relativo alla gestione di negozi, ricorda che la volontaria amministrazione degli affari d' un altro dipende interamente dalla pruova testimoniale,e da ciò sembra voler esso anzi volgere in altro verso che attaccare direttamente la tesi della Corte reale; e fa una concessione alla teoria di Toullier. Ma bentosto si ripiega in un altro lato ; ritorna in disamina il mandato propriamente detto ; Becq è qualificato col nome di *mandatario* ; e l' arresto dichiara apertissimamente che la Corte reale, valutando i fatti, à potuto dedurne la conseguenza *che Becq si era egli stesso costituito il mandatario di Petitbon*. Ma ciò che vuol dire ? Se Becq è stato un mandatario, non era dunque un *negotiorum gestor* ; imperciocchè il mandatario ripete da un contratto le sue facoltà, ed il *negotiorum gestor* non agisce altrimenti che in virtù di un quasi-contratto. Perchè dunque citare in sul principio l' art. 1372 del Codice civile (1326 LL. civ.) ? Perchè questa digressione sulla gestione di negozi in un caso nel quale l' azione è quella di un *mandatario ?*

Ma andiamo più lungi.

Vi sono de' mandati ne' quali taluno s' intramette spontaneamente : e ve n' à di altri in cui non si fa che accettare dopo che il mandante à preso l' iniziativa del *rogo*. Nel primo caso, l' offerta di servigio precede la procura ; nel secondo, la procura è quella che comincia la negoziazione: in quel caso, la procura è il conseguente; in quest'altro, è l'antecedente (1).

Ora, il notaro Becq era uno di que' mandatarî che spontaneamente s' interpongono. Non era la procura di Petitbon quella ch' era andato a trovarlo, essendo le cose tuttora intatte, ed a sollecitarlo di agire: era egli che aveva presa l' iniziativa ed aveva offerta la sua mediazione. Esso aveva *indicato a Petitbon i mutuatarî* ; esso aveva *data l' assicurazione della costoro solvibilità*; in una parola esso *si era spontaneamente interposto* ; ed in fine *con la sua interposizione si era effettuato il mutuo con ipoteca*.

Aggiungiamo che se Becq era stato il procuratore dell' affare, Petitbon suo cliente non era rimasto estraneo alle operazioni intervenute; imperciocchè Becq aveva con lui conferito per tutto quello ch' era stato fatto; gli aveva *indicati i mutuatarî*, e gli aveva *data l' assicuranza della loro solvibilità*.

Indi a tanto, Petitbon avea consentito a tutto; era stato presente all' atto di mutuo; aveva stipulato in suo nome; ed aveva consegnate le somme: per modo che , quantunque il mutuo fosse stato effettuato mercè l' interposizione di Becq, non è per ciò men vero che Petitbon aveva tutto ratificato con la sua presenza e con la sua formale accettazione.

Quindi l'operazione offriva la riunione di due estremi necessarî per costituire il contratto di mandato: consentimento del mandante, consentimento del mandatario; di più, esecuzione fatta da quest' ultimo approvazione data dall' altro. Solamente, l' affare, in vece d' essere stato intavolato dal mandante, siccome avviene più spesso, era stato intavolato dal mandatario, in questo senso che costui ne aveva fatta la proposta al suo cliente , l' accettazione del quale aveva autorizzate le sue operazioni.

E bene! fra que' due modi di conchiudere un mandato, l' uno che principia dalla procura, l'altro che termina con essa, la Corte di cassazione fa una distinzione. Quando la facoltà di agire viene a trovare il mandatario che l' accetta , è il caso preciso dell'articolo 1985 del Codice civile (1857 LL. civ.), ed allora sono applicati i divieti dell' articolo 1341 (1295 variato LL. civ.). Ma quando il mandatario s' intromette spontaneamente , ed esso stesso si costituisce mandatario, allora debbono esser ammesse tutte le umane presunzioni che derivano da' fatti riconosciuti costanti.

Parecchie osservazioni posson farsi sopra questa distinzione.

Imprima, ove ne sta l' utilità ? In tutt' i mandati taciti, val dire in tutt' i casi ne' quali la procura non è espressa , i fatti posson essere rimandati al secondo capo della distinzione dell' arresto del 19 marzo 1845; vi sarà sempre un mandatario che si sarà egli stesso costituito tale. Quindi la pruova per induzione sarà sempre ammissibile.

Ove poi ne sta il fondamento ? Sta forse nella differenza che esiste fra il mandato propriamente detto e la gestione di negozi ? Forse l' arresto à voluto dire che il primo capo della

(1) *Supra* n° 112.

distinzione offre di per sè solo il tipo del vero mandato, mentre che il secondo rientra nel caso de'la *negotiorum gestio?* Ma, se così fosse, avrebbe mai l'arresto dato a Becq la positiva qualificazione di *mandatario?* E poi, in qual modo ridurre alla semplice parte del *negotiorum gestor* colui che agisce, non solamente a vista e saputa del proprietario, ma partecipandogli tutte le sue operazioni, tenendolo a giorno di tutto quello che accade, procedendo di accordo con lui, e facendolo comparire personalmente per ratificare ciò che à fatto (1), per continuare quello che à principiato, e per conchiudere l'opera che à concepata e consigliata?

Osservate di poi che l'affare impreso da Becq non era di quelli ne' quali una persona può intramettersi senza aver bisogno di ratificazione (2). Trattavasi d' un mutuo ipotecario che non poteva reggere se non mediante il consenso del proprietario, e che senza la sua ratificazione sarebbe stato un enorme abuso di potere. Ora, in simil caso, la ratificazione à un effetto retroattivo (3); essa equivale ad un mandato: *ratihabitio mandato aequiparatur*. Quindi supponendo che Becq si fosse mischiato senza un precedente mandato negli affari di Petitbon, la ratificazione di quest' ultimo (del rimanente, sì chiara e sì positiva) aveva trasformata in mandato la gestione di negozi.

La *negotiorum gestio* spariva adunque da ogni parte in questa causa; e per l' opposto il mandato ne dominava tutti gli aspetti. E siccome la ratificazione, che era in conchiusione la pruova più grande di tal mandato, può sempre esser tacita (4), è evidente che la quistione presentata dinanzi la Corte di cassazione e tendente a far decidere che il mandato non può risultare dai fatti, era frivola ed insussistente. È dispiacevole osservare che l'arresto di rigetto disaminando la dottrina di Toullier, che faceva l' appoggio del ricorso, abbia avuto per essa tanta indulgenza, in vece di farne la giustizia che merita.

Io ripeto adunque: poco importava che Petitbon non avesse fatto *ab initio* un mandato a Becq; poco importava che Becq si fosse, spontaneamente e di per sè medesimo, costituito il mandatario di Petitbon; Becq era divenuto un mandatario approvato e consentito. Il fatto di Petitbon aveva necessariamente tolta l' azione dal numero de' quasi-contratti; l' aveva messa sotto l' egida d' un reciproco consentimento; ed avevane fatto un vero contratto: *duorum vel plurium in idem placitum consensus*. Non vi è nessuna autorità al mondo la quale possa far crollare verità così evidenti; ed io non oserei esprimere quel che penso sull' errore di coloro che non ne riconoscessero lo splendore.

Becq era dunque mandatario; l' espressione ne è scritta nell'arresto del 19 marzo 1845, e, quali che sieno le osservazioni critiche delle quali può esser oggetto questo arresto io alcune sue parti, esso non ne giudica meno (ed è io ciò che noi lo approviamo), che ogni mandato della specie di quello di cui Becq era investito può risultare dai fatti. Guardiamoci di credere soprattutto che, in quest' azione per altri, Becq era piuttosto un *negotiorum gestor* che un vero mandatario. I dotti autori del Codice civile non avrebbero compresa la prima espressione della gestione di negozi se avessero in questo senso compilato il loro articolo 1372 (1326 LL. civ.)!! E riguardo all' arresto del 19 marzo 1845, quantunque, con troppo grande condiscendenza per un pregiudizio sparso in parecchi libri moderni, esso ondeggia con una specie d'indecisione fra la gestione di negozi ed il mandato, si è la parola *mandatario* che è il basso; si è questa che deve prevalere; si è questa che spiega ragionevolmente una soluzione incomprensibile senza il suo soccorso.

Checchè ne sia, spariscono tutt' i dubbi quando leggesi un arresto della camera de' ricorsi, del 24 marzo 1830, in cui il *mandato tacito* trovasi espressamente denominato ed approvato (5), ed un altro arresto del 23 marzo 1831 (6) che rigetta il ricorso prodotto contro un arresto della Corte reale di Parigi il quale aveva dichiarato, mediante induzione, l'esistenza di un mandato tacito, attestato così dal *silenzio* e dall'*inazione* de' pretesi mandanti, come da altri fatti riconosciuti costanti, indipendentemente da ogni esibizione di un mandato scritto. Io insisto pure su di un arresto della stessa camera, del 10 giugno 1841, a rapporto di Jaubert, il quale dichiara, che il mandato può *dedursi da talune circostanze* (7), e sur un altro arresto, del 20 giugno 1842, che assimila al mandato tacito, l'atto col quale approvasi *espressamente* ovvero *tacitamente* ciò che è stato fatto in proprio nome (8).

In sostegno di questa giurisprudenza, io cito un arresto della Corte di Tolosa, del 30 maggio 1829, il quale merita d'essere consultato.

(1) *Infra*, n° 780.
(2) *Supra*, n° 124.
(3) *Supra*, n° 124. — *Infra*, n^i 617 e 619.
(4) Articolo 1998 (1870 LL. civ.). *Infra*, n° 618.
(5) D., 31, 1, 29.
(6) D., 31, 1, 169.
(7) D., 41, 1, 231.
(8) V. gli arresti riferiti da Dev., 45, 1, 262 (nota).

Il mutuante voleva stabilire che il notaio non era solamente lo scrittore della volontà delle parti, ma che aveva ricevuto un mandato per fare il mutuo, mandato che faceva ricadere sopra di lui le funeste conseguenze di un difetto di solidità nell'impiego. Non era appresentato nessun mandato scritto, e la somma era troppo considerevole perchè fosse ammissibile la pruova di un mandato verbale. Il mutuante produceva de' fatti dai quali risultava per lui l' evidente pruova di un mandato tacito. Se la Corte reale avesse opinato che il mandato tacito era cancellato dalle nostre leggi, avrebbe ributtato sì fatte pretensioni; ma il suo arresto le accoglie, ed ora vedremo come essa mette al luogo del mandato scritto o verbale il mandato tacito, che non à minor vigore.

« Atteso che dai diversi fatti costanti nella « causa, e specialmente dalle rispettive qualità « delle parti, dalla circostanza che la signora « Chrestien era straniera alla Città di Tolosa, « dall'avviso inserito in un giornale, dalle par« ticolarità non negate da Ollier (il notaio), « dai suoi abboccamenti coo la signora Chre« stien, dalla mancanza d' ogni relazione fra « costei ed il signor Suau (il mutuatario), dal« l' elezione fatta del domicilio di Ollier per i « pagamenti da farsi alla signora Chrestien, « dalla cura avuta da Ollier di far procedere « alle iscrizioni, dall'elezione di domicilio fatta « presso di lui, risulta che la signora Chrestien « aveva dato e che il signor Ollier aveva accet« tato il mandato d' impiegare con buona ipo« teca una somma di 20.000 franchi (1). »

Queste decisioni sono sufficienti a far conoscere lo spirito della giureprudenza; e dimostrano che il mandato tacito non le ripugna, e ch'essa non esita ad ammetterne l'esistenza tanto fra le parti quanto rispetto ai terzi.

134. Non debbono essere considerati capaci d' invalidare la loro autorità taluni arresti che, in certi casi ne' quali de' servi avevano comperato per conto de' loro padroni, non ân voluto che costoro fossero risponsabili.

Veggo, per esempio, un arresto della Corte di cassazione del 22 gennaio 1813 (2), nel cui caso la nominata Caterina Spagner, cuciniera presso di de Cressac, aveva l'uso di comperare le provvisioni dai provveditori; ma in vece di adoperare al pagamento de' mercanti il danaro che il suo padrone le dava, essa destinavalo per suo profitto e comperava a credito. I venditori, vittime di questa furberia, avevano azione contro di de Cressac che aveva profittato delle provvisioni? No, dice l' arresto; imperciocchè il mandato fatto da de Cressac alla sua serva, era un mandato di comperare a contanti, non già un mandato di comperare a credito.

Laonde, la Corte di cassazione non nega affatto l' esistenza del mandato. Questo mandato era dichiarato ed ammesso; ed essa non fa altro che valutarne l'estensione ed indagarne le condizioni rispetto ai terzi.

Un arresto della Corte reale di Parigi del 13 settembre 1828 è stato similmente pronunziato a seconda di quest' ordine d'idee. Tale arresto, lungi di contendere l' esistenza del mandato tacito, riconosce per l' opposto che i *servi sono costituiti taciti mandatari de' loro padroni*, *per comperare gli oggetti necessari al mantenimento delle loro case*. Solamente la Corte decide che sì fatto mandato non à efficacia se non se per la compra a contante, e non per quella a credito (3). Una simile soluzione si à da un arresto della stessa Corte del 28 aprile 1838 (4). Tale è pure l' opinione degli autori (5).

135. Noi adunque ripetiamo con la giureprudenza, con i testi, articoli 1922 e 1578 (1794 e 1391 LL. civ.), col diritto comune e col buon senso, che, nel nostro diritto moderno, il mandato tacito à un' esistenza tanto legale per quanto lo aveva nel diritto antico. S' egli è vero che il mandato tacito rattrovasi nella natura delle cose, come lo riconoscono i sigg. Delamarre e Lepoitevin, non bisogna credere affatto che il Codice civile, il quale è la ragione scritta, abbia voluto mettersi in opposizione con la natura delle cose. Avvi una quantità di casi ne' quali il mandato tacito è ammesso senza disputa, ed anche in altri casi oltre quelli che cadono sotto la previsione degli articoli 1578 e 1992 (1390 e 1794 LL. civ.). Uno scritturale è il tacito mandatario dell' avvocato, del notaio, nel cui studio egli lavora: è patente institore: è mandatario di fatto, *negotio gerendo instat* (6). Lo stesso è a dirsi dell' agente di una compagnia di assicurazione scambievole, il quale è preposto ad un luogo determinato, ed è depositario delle cedole (*plaques*) che debbono essere consegnate agli assicurati (7). L' usufruttuario à il tacito mandato, ed è lo stesso Proudhon che l' insegna (8), di conservare la cosa pel proprietario del fondo. La consegna ad un usciere della spedizione di un

(1) Dal., 30. 2, 181. — *Supra*, n° 22.
(2) Devill., 4, 1, 264 (cam. criminale). Erroneamente si è talvolta assegnato a questo arresto la data del 1812.
(3) Devill., 9, 2, 148
(4) Devill., 38, 2, 218. — Dal., 38, 2, 123.
(5) Merlin, Repert., *vol.*, sez. 2, § 3. Legraverend, t. 2, p. 136. Faustino Hélie e Chauveau (*Teoria del C. p.*, t. 7. p. 33). Mittre (*De' servi in Francia*, p. 88).
(6) L. 3, D., *De inst. ac.* Rolland de Villarg., *Repert. del notariato*, v° *Scritturali*, n.i 13 e 14. Arresto della Corte di cassazione del 2 dicembre 1824 (Devill., 7, 1. 576.; D., 25, 1, 20).
(7) *Infra* n° 145.
(8) Usufrutto, t. 1, n° 38.—Dumoulin su Parigi, t. 1, § 1. Glose 1, n° 15.

arresto, la consegna ad un avvocato di una citazione a comparire dinanzi ad tribunale (1), la consegna a qualcuno d'una procura in bianco (2), tutti questi fatti costituiscono tanti mandati taciti che autorizzano l'usciere a fare le esecuzioni, l'avvocato a difendere in giudizio, il portatore della carta sottoscritta in bianco a scegliere quel procuratore che vorrà (3). E non esiste verun testo che possa prevalere contro l'evidenza e la forza di sì fatti mandati Mandato tacito, ratificazione tacita, rivocazione tacita (4), tutto combina in questa materia, tutto converge allo stesso principio.

136. Questa discussione non è tanto inutile per quanto potrebbe supporsi da chi volesse attenersi ad un'osservazione di Toullier, il quale crede d'essere assai indifferente che l'adempimento degli obblighi, emergenti dalla gestione degli affari altrui, sia perseguitato con l'azione *negotiorum gestorum*, o con l'azione di mandato. Non bisogna, in fatti, confondere queste due azioni, imperciocchè i loro risultamenti differiscono in capi importanti (5). Per esempio, le spese fatte dal *negotiorum gestor*, e quelle che il mandatario à anticipate, non sono mica accordate con eguale facilità. Si richiede che il primo ne giustifichi la necessità o l'utilità, articolo 1375 (1329 LL. civ.), mentre che il mandatario non è tenuto a dimostrare nè l'utilità nè l'economia delle sue articolo 1999 (1871 LL. civ.), ecc.

137. Se il tacito mandato è ammesso in materia civile, con quanta maggior ragione è desso negli usi del diritto commerciale, il quale è più libero da esterne formalità, e dà maggior fidacia di quel che dia la legge civile alle umane presunzioni, alle orali testimonianze, e ad altri simili mezzi di pruovare le obbligazioni (6). Quindi niuna cosa è più costante di questo punto di diritto (7).

In conseguenza, è riconosciuto da tutti gli autori, che il mandato commerciale può dedursi dal silenzio (8), e si fatta dottrina è ratificata dalla giurisprudenza degli arresti.

Un arresto della camera de' ricorsi, del 25 gennaio 1821, lo à esattamente deciso in un caso nel quale una moglie, senza mandato scritto di suo marito, aveva amministrato per molti anni il commercio di quest'ultimo a sua vista e saputa: il marito fu dichiarato debitore della lettera di cambio sottoscritta da sua moglie pel fatto di tal commercio (9).

Questa giurisprudenza trova la sua ratificazione in un arresto della camera de' ricorsi del 1° marzo 1826, nel quale leggesi la seguente considerazione: « Che nella specie trattasi di « un commercio a minuto che facevasi nel do« micilio conjugale; che *in vece di reclamare* « contro questo commercio e d'impedirlo, il « signor Lejudec *lo à costantemente tollerato*; « *che questa tolleranza, a tal riguardo, equi« vale ad un' espressa autorizzazione*; che, « in fatti, la buona fede che deve regnare nel « commercio non permette di supporre che il « marito negoziante non approvi e non faccia « effettuare per suo conto il commercio che vien « fatto a sua vista e saputa . . . . ; che, in tal « caso, *i principî e l'equità* richieggono che « la moglie sia considerata come *la mandata« ria, la institriee* del marito (10). »

Un arresto di Bourges, del 24 brumale anno IX, è pronunziato nel medesimo senso; esso decide che in diritto, la moglie d'un mercante la quale *a vista e saputa* di suo marito, vende, compra, firma cambiali, obbliga quest'ultimo verso i terzi (11).

Si trova la stessa soluzione in un arresto della Corte reale di Angers del 27 febbrajo 1819: si trattò di una moglie la quale, *a veduta e saputa* di suo marito negoziante, sottoscriveva tutte le cambiali necessarie pel suo traffico (12).

Sarebbe superfluo moltiplicare gli esempi (13).

Del rimanente, i tribunali possono consultare i fatti, e vedere se quegli cui pretendesi aver agito in forza di un tacito mandato siasi trovato in circostanze tali da far supporre necessariamente l'esistenza di tal mandato.

Così, à deciso la Corte di Brusselles, con arresto del 12 ventoso anno XII, in una data ipotesi, che una moglie non era considerata di aver ricevuto un tacito mandato da suo marito per noleggiare un naviglio (14).

La stessa Corte à parimente deciso, con arresto del 27 febbrajo 1809, che una moglie,

(1) Boiceau, p. 268, e Denty, p. 274. 275, ni 2, 7.
(2) Borrius, *decis.* 274.—Automne, sulla legge 2, D., *De procurat.*—Despeisses, t. 1, p. 169, n° 9.
(3) Delamarre e Lepoitevin, t. 1, n° 71.
(4) *Infra*, n° 777.
(5) Delamarre e Lepoitevin, t. 1, n° 70. *Supra*, n° 87.
(6) *Id.*, ni 72, 75, 77. — Merlin, Q. di diritto, v° *Conto corrente*.
(7) Delamarre e Lepoitevin, *loc. cit.*—Pardessus, t. 1, n° 65.; t. 2, n° 561.—Toullier, t. 12, n° 253.
(8) Arg. dall'articolo 1598 (1443 LL. civ.). Delamarre e Lepoitevio, t. 1, ni 75, 76, 77. Merlin, Q. di diritto v° *Conto corrente*.
(9) Devill., 6, 1, 372 § 1.
(10) Devill., 8, 1, 288, 289.
(11) Devill., 1, 2, 9.
(12) Devill., 6, 2, 32.
(13) Arg. da un arresto della Corte di cassazione del 27 aprile 1841. Devill., 41, 1, 385. Parigi, 5 marzo 1835 (Devill. 35, 2, 137).
(14) Devill. 1, 2, 180.

impiegata da suo marito in un traffico di gesso e calce, non era considerata d' essere stata autorizzata a formare delle lettere di cambio che non risguardavano quel traffico (1).

139. Questo consentimento tratto dal silenzio può aver luogo non solamente fra presenti, ma eziandio fra assenti (2). Per esempio, quando un negoziante di Havre, col quale voi siete in relazione di affari, vi fa dire, o vi scrive, che egli si dispone a far assicurare il vostro bastimento e le vostre mercanzie, e voi non gli rispondete niuna cosa che gl' impedisca di effettuare tale offerto (3), avvi un tacito mandato in questo concorso di circostanze.

140. A maggior ragione, sarebbe evidente il mandato tacito qualora, in vece di un semplice silenzio, vi fosse da parte del mandante un fatto che manifestasse la sua volontà. Per esempio, siete avvisato che io debbo comperar per voi alla fiera di cavalli di Bernay, dieci di questi animali che vi sono necessari pel vostro traffico di trasporto, e dopo la fiera voi spedite da me per prendere la consegna. Con quali atti autentici potrebbe un mandato esser meglio dimostrato di quel che sia da questi fatti insieme combinati (4)?

Sentiamo inoltre il racconto di un caso particolare riportato da Casaregis (5).

Medina voleva esimersi di pagare il prezzo di sei carichi di cuoi, prezzo che G. Pieri reclamava da lui.

Quegli diceva, che non era pruovata la vendita di questi cuoi, e soprattutto che non costava la tradizione fatta o lui o al suo rappresentante.

Una delle principali quistioni della causa era quella di conoscere se un certo Segni, cui era stata consegnata la mercanzia, era il mandatario di Medina (6).

Ecco su quali fatti si poggiava per stabilire l' esistenza di un tacito mandato capace di supplire a uo mandato scritto.

1° Segni, amico e familiare di Medina, era adoperato da costui ne' suoi affari (7).

2° Segni si era presentato, immediatamente dopo conchiusa la vendita con Medina, per ricevere i cuoi. S' egli non avesse avuto mandato, in qual modo avrebbe potuto indovinare l'ora, il momento, io cui la vendita era stata conchiusa (8)?

3° Bisognerebbe dunque supporre che Segni, negoziante onesto e conosciuto per tale, si fosse reso colpevole d' uno sfacciatissimo furto (9).

4° Medina non à mai domandato a Pieri la consegna; e non si è doluto giammai di non aver ricevuto la cosa (10).

5° Come mai sarebbe possibile che Pieri, uomo prudente, il quale non aveva voluto far credito a Medina senza malleveria, avesse fidato nan si grande quantità di cuoi ad uno ch' egli non avesse saputo d' essere il mandatario di Medina, ad uno che a quell' epoca non era tenuto per solvibile ed aveva molti debiti?

6° Dopo la tradizione fatta a Segni, il sensale aveva spedito a Medina la nota del peso e del prezzo, e Medina avevalo approvata.

7° Perchè la vendita era stata effettuata per mezzo di un sensale, il mezzano dell' operazione, il nominato Cittadelli, aveva spedito il suo commesso da Medina, raccomandandogli di ricevere la consegna il più presto possibile. — Medina aveva risposto che non avrebbe mancato. Ed era stato dopo pochi istanti che Segni erasi presentato!

Cittadelli incontrò Medina, e costui gli disse che aveva ricevuti i cuoi (11).

8° I registri di Pieri contenevano: *Consegnato a Medina*. Non è questa una grave presunzione dell' esistenza del mandato (12)?

9° Su i registri della dogana di Livorno, Medina fu notato come quello che aveva ricevuto tanti cuoi di tal peso; e ciò non sarebbe avuto luogo qualora Segni non avesse ricevuto per lui (13).

10° Medina aveva pagato il diritto di dogana (14).

Con queste circostanze, la decisione doveva essere disfavorevole a Medina: e però fu giudicato ch' egli aveva ricevuto la consegna per mezzo di Segni suo mandatario.

141. Vi sono ancora de' casi ne' quali il mandato s' inferisce tacitamente e virtualmente da taluni atti di gestione anteriori, i quali, per la loro frequenza, per la loro periodicità, ecc., ecc., fanno supporre che la facoltà si estende ad ulteriori atti della stesso natura.

(1) Devill. 3, 2, 36.
(2) *Supra*, n° 101.
(3) Delamarre e Lepoitevin, n° 76 e 102. Merlin, Q. di diritto, v° *Conto corrente*, § 1.
(4) Delamarre e Lepoitevin, t. 1, n° 78.
(5) *Disc.* 140.
(6) N° 10.
(7) N° 11.
(8) N° 12.
(9) N° 14.
(10) N° 16.
(11) N° 19.
(12) N° 20, Deluca, *De cambio*, *disc.* 13, n° 4.
(13) N° 21.
(14) N° 22.

Per esempio, noi siamo, voi ed io, proprietari di un naviglio, che manteniamo in comune per uso di speculazione. Prima di ciascuna partenza, voi siete stato solito di farlo assicurare. Ma avviene che all' ultima partenza avete trascurato questo provvedimento e che il naviglio à fatto naufragio. Avrò io azione contro di voi per sì fatta negligenza? Sì, secondo un arresto della Corte di Rennes del 9 luglio 1834 (1ª cam.) (1). Voi avevate un tacito mandato per provvedere alla sicurezza della cosa comune: la pruova di tal mandato deriva dai fatti anteriori, dalla gestione di cui siete stato incaricato sino all' ultimo viaggio, dalla cura che avete posta a ben dirigerla, e dalla mia approvazione per tutto quello che avete fatto. È chiaro che, non essendo stato partecipato da mia parte verun cambiamento di volontà, avete dovuto supporre che io riposava sopra di voi per la sollecitudine di continuare a provvedere all' interesse comune; che avete mancato a questo tacito mandato; e che siete tenuto, con l' azione *mandati*, a farmi indenne sino alla concorrenza del mio interesse sul naviglio.

142. Ora, è d'uopo che eleviamo una quistione. È ammissibile la pruova testimoniale del mandato tacito? In materia commerciale, l' affermativa è tanto certa che appena à bisogno d'essere menzionata.

Ne è poi lo stesso nelle materie civili?

Nel senso della pruova orale, può dirsi con Boiceau, che ciò che è tacito non può ridursi in iscritto, e non può provarsi se non per mezzo di testimoni. « *Probatio taciti mandati, nonnisi testibus, fieri potest; cum in tacitis intervenire non soleat scriptura, sed magis legis praesumptione et indiciis perspicuis concludi soleat, ex vulgata pactorum tacitorum doctrina* (2). »

Ma la negativa è più esatta: articolo 1985 (1857 LL. civ.). Il mandato tacito non potrebb' essere più privilegiato del mandato verbale: conviene adunque che i fatti e le circostanze dalle quali si pretende inferire il tacito mandato derivino, fra le parti, da una causa diversa dalla pruova testimoniale, e che sieno stabiliti o per mezzo di confessioni, o pure mediante atti scritti. Laonde non si sarebbe ammissibile a stabilire con la pruova testimoniale che siensi consegnati ad una persona i documenti di un affare, affin di giungere con questo mezzo alla pruova di un mandato (3).

Ne' casi che dianzi abbiamo citato, e nei quali trattavasi di notari che volevano rendere responsabili i loro scritturali con l' azione *mandati*, non si sarebbe stato ammissibile a compilare una pruova per dimostrare ai giudici l'esistenza de' fatti dai quali facevasi virtualmente derivare un tacito mandato (4). Questi fatti erano dimostrati a *priori*, non già stabiliti separatamente, e risultavano da atti scritti, da interrogatori e da circostanze non negate.

143. È vero che, essendo stabiliti questi fatti, i giudici ànno un potere discrezionale per valutarne la forza, e che possono in tal caso aver riguardo ad umane presunzioni ed a semplici indizi. Ma altra cosa è la pruova de' fatti in loro stessi, e la pruova dell' intenzione che à determinato questi fatti. Ciò forse significa che quando è appresentato un contratto scritto, i magistrati non abbiano la facoltà d'interpretare secondo la loro coscienza le clausole che contiene e la volontà che lo à regolato? Si è mai potuto dire che sì fatta investigazione sia una violazione della legge la quale respinge, pel fondamento delle convenzioni, così la pruova testimoniale, che le presunzioni dell' uomo? E bene! si à ciò nel nostro caso. Se i fatti debbono giungere alla conoscenza del giudice con mezzi diversi dalla pruova testimoniale e dalle umane presunzioni, il giudice, istruito che sia legalmente di questi fatti, può e deve interpretarli con tutt' i mezzi qualunque sieno che illuminano la sua coscienza e la sua ragione (5); senza di che bisognerebbe dire che gli articoli 1922 e 1998 del Codice civile (1794 e 1870 LL. civ.) sarebbero incompatibili con l' articolo 1353 (1307 LL. civ.).

Aggiungiamo un' altra osservazione.

144. Sovente ò inteso qualificare di umana presunzione, vaga ed azzardata, quella che si inferisce dall' esecuzione di certi fatti, a vista e saputa della persona interessata, e senza opposizione da sua parte. O' veduto taluni, temendo sino allo scrupolo, immaginarsi che dando potere a questa presunzione, si mettono in opposizione con l' art. 1353 (1307 LL. civ.). Per me, sono sì lungi dal dividere la loro opinione, che pongo questa presunzione nel numero delle pruove più certe, e l'art. 1578 (1391 LL. civ.) è, a tale riguardo, un' autorità che dispensa dall' allegarne molte altre.

Una eguale certezza io do alla circostanza che il mandante à profittato degli atti del mandatario e li à approvati tacitamente o espressamente. Come si viene a parlare in questo caso di umane presunzioni? Non vi à forse una pruova irrefragabile che stabilisce *necessariamente* la preesistenza del mandato (6)?

(1) Riferito dai sigg. Delamarre e Lepoitevin, n° 80.
(2) P. 269, *in fine*.
(3) Danty su Boiceau, p. 279, n° 16.
(4) Caen, 6 luglio 1835 (D., 40, 2, 103).
(5) *Facti quaestio est in arbitrio judicantis* (L. 15, D., *Ad municip.*).
(6) Cassaz., 23 marzo 1831 (D., 31, 1, 149).

145. Ci siamo occupati finora delle parti contraenti. Rispetto ai terzi, che sono persone estranee al mandato intervenuto fra il mandante e'l mandatario, deve loro esser permesso di stabilire con la pruova testimoniale che la persona con la quale àn contrattato, e che si è loro presentata *procuratorio nomine*, era realmente mandataria di colui ch' essi chiamano in giudizio e che nega il mandato?

Nel nostro comento della *Società* (1), abbiamo detto che i terzi, i quali ànno accettato o dovuto accettare la società sulla fede della sua parola, sono sempre ammessi a stabilire, con la pruova testimoniale, l'esistenza di sì fatta società. Ne è pure lo stesso nel caso del mandato? — Questa quistione è importante. E noi non possiamo risolverla se non se col soccorso di parecchie distinzioni.

Imprima, se il mandatario non à agito co'terzi *procuratorio nomine*, s' egli si è presentato in proprio nome, la pruova testimoniale del mandato sarebbe irrecettibile ed inutile; imperciocchè, anche quando essa stabilisse che realmente è stato fatto un mandato, non ne seguirebbe che i terzi avessero azione contro il mandante che non si è fatto conoscere e che à voluto serbar la parte d' *incognito* (2).

Ma se il mandatario à agito in nome del mandante, *quid juris?* Io credo che il terzo potrà dimostrare l'esistenza del mandato con la pruova testimoniale. Potranno i terzi, per esempio, giustificare con tutt' i mezzi di pruova, anche con la pruova orale, che un tale era scrivano nel tale studio di avvocato e di notaro, ch'egli riceveva abitualmente il deposito de' titoli e le spese di registro, e che godeva la fiducia del principale, ecc. I terzi potranno pur pruovare con lo stesso modo che un tale era proposto dalla tale compagnia di scambievoli assicurazioni nella tale località, ch'egli rilasciava le quietanze, aveva il deposito delle cedole (*plaques*), ne faceva consegna agli assicurati, ecc. (3).

Si dirà forse che i terzi àn potuto procurarsi la pruova scritta del mandato, con pretendere che quegli il quale si presentava loro in qualità di mandatario giustificasse la sua procura? Ma poichè il mandato può esser verbale, ed è indubitato che nella pratica della vita civile i mandati orali sono estremamente frequenti, non sarebbe forse lo stesso che nuocere al movimento degli affari il mettere i terzi nella necessità di richiedere l' esibizione di un mandato scritto? Sarà egli necessario che un terzo ricusi di contrattare col mandatario il quale gli si presenta con un semplice mandato verbale? Che ne sarebbe di una quantità di relazioni civili che richieggono rapidità e fiducia? Nella materia delle società, abbiamo osservato che è massima potere i terzi stabilire, mercè la pruova testimoniale, l' esistenza della società con la quale ànno contrattato mediante il ministero di un socio, che per tale si dichiarava (4). Per qual motivo ne sarebbe diversamente nel caso di mandato, quando i terzi di buona fede ànno accettata in colui col quale àn contrattato la qualità di mandatario ch' egli si à attribuita?

Del rimanente, non si vede abbastanza quello che si verrebbe a guadagnare con tanto rigore contro la pruova testimoniale; perciocchè i terzi potrebbero sempre far la pruova orale di una semplice gestione di negozi approvata dal proprietario e tornata in di lui profitto. E, in tal caso, quale sarebbe la differenza per i terzi fra la pruova di sì fatta gestione e la pruova del mandato?

In un caso discusso dianzi il tribunale della Senna, trattavasi di sapere se la Città di Parigi, nel cui magazzino erano si fatte delle consegne di spiriti ad un tale signor Massot giovane, nel quale aveva essa veduto il legale rappresentante della casa Oppermann, e l'unico che avesse avuta la facoltà di riceverle dal magazzino di deposito, potesse pruovare, con umane presunzioni equivalenti alla pruova testimoniale, la qualità di mandatario del giovane Massot. Avendo la casa Oppermann negata questa qualità, e pretendendo che il magazzino di deposito della Città era risponsabile di una consegna effettuata ad una persona senza qualità, il tribunale di prima istanza, con sentenza del 6 luglio 1827, decise che la Città di Parigi, colpita dalle disposizioni contenute negli articoli 1347, 1353, e 1985 del Codice civile (1301, 1307, e 1857 LL. civ.), non poteva trovare nelle umane presunzioni da essa invocate un appoggio che la pruova testimoniale era impotente a procurarle. Ma, sull' appello, un arresto della Corte reale di Parigi, del 24 gennajo 1829, fece diritto alle pretensioni della Città e riconobbe l' esistenza di un *mandato verbale*, affermato dalla conoscenza, dal silenzio e dall' inazione della casa Oppermann, quando taluni atti di esecuzione avrebbero dovuto farle alzare la voce, e dall'approvazione che reputavasi aver data con ciò a tutte le disposizioni di Massot.

E, sul gravame, un arresto della camera dei ricorsi, del 23 marzo 1831, ne pronunziò il rigetto, poggiandosi, tra gli altri motivi, su ciò che la casa Oppermann aveva profittato delle operazioni di Massot, e che *questa approvazione del*

(1) T. 1, n° 211.

(2) Arg. di ciò che io dico, *Società*, t. 2, n° 779.

(3) Arg. da un arresto del 2 marzo 1825, profferito dalla Corte reale di Colmar, e confermato in cassazione con arresto della camera de' ricorsi del 15 febbraio 1826 (D., 26, 1, 138, 139). Ma tale arresto è emesso in materia commerciale.

(4) Mio com. della *Società*, t. 1, n' 219, 239, e t. 2, n' 807, 808.

mandato stabilivane per necessità la preesistenza (1). Io non dico che questi arresti abbiano precisamente giudicata la questione di pruova testimoniale; imperciocchè li accetterei anche fra parti contraenti; ma almeno si vede quanto essi facciano contrasto col rigorismo del tribunale di prima istanza.

Ma ritorniamo alla pruova fra contraenti.

146. Ammetteremo noi la pruova testimoniale per dimostrare, se non la procura, almeno l'accettazione del mandato ed i fatti di esecuzione?

Bisogna distinguere.

Quando l'atto di procura è appresentato, o quando è riconosciuto e confessato che un mandato è stato fatto e ricevuto, il mandante può essere certamente ammesso a pruovare con testimoni i fatti di esecuzione dai quali pretende far derivare l'origine di un'azione contro il mandatario. E reciprocamente, può il mandatario, nella proposta tesi, pruovare con testimoni com'egli siasi dato ad atti di esecuzione che impegnano la risponsabilità del mandante a suo riguardo. In questi due casi, di che mai si tratta? Della pruova d'una convenzione? No; si bene dell'esecuzione di una convenzione preesistente e non contrastata.

Ma, si dovrebb'essere respinto, quando l'esistenza del mandato fosse problematica, e quando l'una o l'altra delle parti domandasse pruovare oralmente taluni fatti che si qualificassero come atti di esecuzione, affin di giungere, per questa via obbliqua, alla stessa pruova della convenzione. Pria di dare a questi fatti il nome di atti di esecuzione, bisognerebbe stabilire la precedente esistenza del contratto cui essi si rannodano e dal quale derivano. Ora, non si à mica la pruova di tale esistenza; e se si cerca di procurarla mercè la pruova de' fatti articolati, si gira in un circolo vizioso. Non si pone attenzione su di ciò, che tanto si esegue una convenzione per quanto esiste la convenzione medesima; che se essa non esiste, l'allegata esecuzione altro non è se non una vana espressione; e che la pruova de' fatti non è altro in realtà se non quella della stessa convenzione, la qual pruova è interdetta dalla legge.

Non si sarebbe quindi ammessibile a far la pruova, in quanto si volesse aver rapporto all'esistenza d'una convenzione.

147. Ma potrà sempre pruovarsi che si è agito in qualità di *negotiorum gestor*. Imperciocchè la gestione di negozi è un quasi-contratto, la cui pruova è indipendente dalle pruove richieste in materia di convenzione.

148. La tacita accettazione risulta dal ricevimento dell'atto di procura fra persone presenti, senza protesta, senza riserba, e senza contraddizione. In vano si opporrebbe la decisione di Ulpiano il quale, nella legge 8, § 1, D., *De procurat.*, insegna non essere necessario che il procuratore costituito contraddica la costituzione, e che questi è considerato di non accettare, finchè non esprima il suo consentimento e finchè serbi il silenzio. Ma questo testo non è affatto applicabile al nostro caso, nel quale al silenzio del mandatario si congiunge il fatto del ricevimento e della ritenzione del mandato consegnato fra le sue mani. Questo fatto della ritenzione è una circostanza grave e significativa, che non esiste nell'ipotesi di Ulpiano (2). Per esempio, io vi consegno in mano la mia procura, dicendovi che parto per un viaggio; voi la ricevete senza dirmi veruna cosa, e la ritenete. La vostra accettazione è certa, e la vostra risponsabilità è da tal punto impegnata (3).

149. *Quid* se vi ò spedito la mia procura, e se voi non mi avete risposto per significarmi che l'accettate o la repudiate? Le opinioni sono divise. Il celebre canonista Abbas, Jason, Cravetta, Menochius (4), sostengono che vi à in tal caso un'accettazione non equivoca. Il vostro silenzio, dice Menochius, non è quivi la circostanza di per sè sola decisiva: àvvi eziandio il fatto del ricevimento, il quale è *actus positivus et una cum taciturnitate arguit eum consensisse constitutioni.*

Nulladimeno, Pothier osserva con ragione che la ritenzione della procura dalla persona alla quale è stata spedita può non esser altro che l'effetto della distrazione, della dimenticanza, e della preoccupazione in affari più importanti, e che convien lasciare alla prudenza del giudice il decidere, secondo le circostanze, se la mancanza di rinvio della procura faccia o pur no presumere una tacita accettazione (5).

Sì fatto temperamento ci sembra giusto: è della prudenza de' magistrati di avervi considerazione.

150. A maggior ragione non esiste accettazione nel caso in cui, senza spedire una formale procura alla persona assente, taluno si limita a pregarla d'incaricarsi di un affare mercè una lettera missiva alla quale non viene risposto (6). Questo caso rientra in quello di Ulpiano (7), e riceve la stessa soluzione.

(1) D., 31, 1, 149.
(2) Menoch. è pure di questa opinione, lib. 6, n. 99, n° 55. — *Infra*, n° 344.
(3) Pothier, 32. — Merlin, Quest. di diritto, v° *Conto corrente*, § 1; papa Clemente V nella sua *Clem.*, c. 1, *De procurat.*
(4) *De praesumpt.*, lib. 6, c. 99, n° 23 e 24. Io cito Abbas, Jason e Cravetta ricavandoli da Menochius.
(5) N° 33.
(6) Pothier, 33.
(7) L. 8, § 1, D., *De procurat.*

151. Conviene intanto riflettere con Pothier, che se la persona alla quale è stata indirizzata quella preghiera facesse per professione l'amministratore degli affari altrui, come è un procuratore *ad lites*, si presumerebbe agevolmente un'accettazione per conseguenza della mancanza di risposta (1).

152. Lo stesso sarebbe a dirsi del commissionario. Io scrivo a voi, commissionario di assicurazioni, per pregarvi di assicurarmi il mio bastimento che anderà a partire per Napoli: voi nulla mi rispondete. La mia lettera che, indirizzata ad una persona il cui ufficio è quello di ricevere assicuranze, è più di una preghiera e costituisce un vero mandato, è stata da voi ricevuta. Il dovere del vostro ufficio è quello di agire, senza perdita di tempo, in conformità degli ordini che vi sono stati trasmessi, ed i vostri corrispondenti sono nel diritto di sperare che voi non trascurerete affatto la cura de' loro interessi. Essi son anche sicuri di contare sopra di voi, a meno che voi non li avvertiate, in tempo, che non volete o non potete eseguire il mandato. La mancanza di risposta alla mia lettera implica dunque da vostra parte una tacita accettazione del mandato; e se, lasciandomi in una pregiudizievole ignoranza, non prendiate l'assicurazione, e se avvenisse un sinistro al mio naviglio, il giudice dovrebbe *ex æquo et bono* condannarvi ai danni ed interessi per l'inesecuzione di un mandato tacitamente accettato (2).

Articolo 1986 (1858 LL. civ.)

Il mandato è gratuito, quando non vi sia patto in contrario (a).

SOMMARIO.

153. Il mandato prende la sua origine dall'amicizia e dalla benevolenza.
154. Esso è gratuito per sua natura, ma non per essenza. Con tutto ciò l'onorario e la ricompensa data al mandatario non cambiano il mandato in locazione. In qual modo l'onorario si concilia con la gratuità di questo contratto. Parole di Bertrand de Greuille.
155. A Roma, il mandato era gratuito per essenza.
156. Nulladimeno ammettevasi l'onorario *ex post facto*. Spiegazione di questa teoria. Come i Romani classificavano quei contratti i quali, senza essere locazioni di opere, non erano intanto puri mandati a cagione dell'onorario.
157. Seguito.
Riflessione sopra sì fatta teoria del diritto romano.
158. In Francia, non vi à distinzione fra l'onorario stipulato *ob initio*, e quello promesso dopo il fatto. Non si considera il mandato come alterato dalla stipulazione di onorari, e tale stipulazione non lo fa degenerare in locazione.
159. Conseguenze di questa giureprudenza.
160. Caso in cui i Romani vedevano un contratto innominato, che noi riferiamo alla classe del mandato.
161. Altro caso nel quale si ravvisa l'esagerazione dei Romani sulla gratuità del mandato.
162. Seguito.
163. Conchiusione. Il mandato è gratuito in Francia solamente per sua natura, non già per sua essenza.
164. Per qual ragione, anche quando non è gratuito, esso non diventa un contratto di locazione di opera? La risposta a tale quistione sta nella differenza dell'*onorario*, che è proprio al mandato, e del *prezzo*, che è proprio alla locazione.
Altri autori ànno sostenuto che la differenza de' due contratti è riposta interamente nella parte rappresentativa o non rappresentativa della persona ricompensata.
Confutazione di questa soluzione.
165. In fatti, la differenza sta tanto poco nella parte rappresentativa, che quel fatto medesimo il quale diventa locazione se è ricompensato, diventa mandato quando è gratuito.
166. Seguito.
167. Seguito.
168. Regola data dal giureconsulto Paolo. Tutto ciò che è locazione diventa mandato quando non àvvi alcun prezzo. E reciprocamente, tutto ciò che è mandato diviene locazione se si stipula un prezzo. Queste due regole sono fondamentali.
169. Esse ànno servito di guida a tutti gl'interpetri.
170. E bisogna con loro rigettare l'idea che il mandato differisca in ciò dalla locazione, che il mandatario rappresenta il mandante rispetto ai terzi, mentre che quegli il quale loca la sua ope-

(1) N° 33.
(2) *Infra*, n° 344.

(a) Leggi civili. L'articolo 1986 del Codice civile è affatto uniforme all'articolo 1858 delle Leggi civili.

Leggi romane. Il mandato era gratuito così per sua natura come per sua essenza, e degenerava in una locazione di opera o in un contratto innominato, qualora esso fosse stato accompagnato da una stipulazione di mercede: l. 1, § ult.; l. 36, § 1 in fin., D., *Mandati*, § ult., instit., *De Mandato*.

Ciò non ostante, il mandato conservava la sua natura, e non degenerava in locazione di opera, quando il mandatario riceveva, *ex post facto*, una rimunerazione dal mandante: l. 6, prin.; l. 10, § ult.; l. 12. prin., D., *Mandati*. Ma tale rimunerazione poteva esser chiesta dal mandatario col mezzo de lo straordinario officio del pretore o del presidente della provincia, non già con l'azione *contraria* del mandato: l. 1; l. 17, C., *De Mandato*.

In somma, la mercede stipulata nel momento in cui si dava o si accettava un incarico (*ab initio*) faceva sì che il contratto non costituisse un mandato, sì bene una locazione o un contratto innominato: la mercede stipulata posteriormente all'incarico dato o accettato (*ex post facto*) conservava al mandato la sua natura. (*Edit.*)

COMENTO.

153. La natura del mandato è di essere gratuito. « È desso un officio dell' amicizia, diceva « Berlier nella sua esposizione de' motivi (1). « A questo modo è definito dal diritto romano, « ed il nostro progetto *gli conserva questo no-* « *bile carattere*. »

Ed in vero, questo contratto, giusta dianzi abbiamo osservato (2), si presenta agli occhi della giureprudenza siccome quello che prende la sua origine nelle relazioni di amicizia. « *Mandatum nisi gratuitum, nullum est. Nam o-* « *riginem ex officio atque amicitia trahit.* » Queste sono le parole di Paolo (3), alle quali mi piace dare per comento quelle pronunziate da Tarrible nel suo rapporto al Tribunato: « Il pro- « getto proclama che il mandato è gratuito quan- « do non vi è convenzione in contrario. In tal « modo esso imprime a questo contratto *il bel* « *carattere del disinteresse e della generosità*. « La legge civile, rispettabile sempremai, par « che divenga più commotiva allorchè la si ve- « de fecondare nel cuore de' cittadini i senti- « menti officiosi che li conducono a rendersi « scambievolmente de' servigi gratuiti, e nobili- « tarli col delineare le regole che debbono diri- « gerli (4). »

154. Ò detto che il mandato è gratuito per sua natura; ma non dico che sia tale per sua essenza, come il deposito e 'l comodato. La convenzione delle parti può assicurare una ricompensa al mandatario, e niuna cosa è più giusta. « Alcuni affari non richieggono delle sollecitu- « dini così prolungate ed assidue (diceva Ber- « trand de Greuille (5)), ed uno sviluppamento « di tali mezzi che l'amico più disinteressato non « possa incaricarsene senza ricompensa. E quan- « do l'affezione è ancora la causa prima e de- « terminante del buon officio ch' ei consente a « prestare, si vorrebbe umiliare la sua perso- « na, degradare i suoi servigi, annoverandoli « nella classe di quelli che si riceve dai mer- « cenari o da altri salariati? No, senza dub- « biol L' attaccamento, lo zelo dell'amicizia, so- « no qualche cosa d' inestimabile; ed il cuore « non già il danaro è quello che può pagare i de- « biti della riconoscenza. » Sì fatto linguaggio è eccellente; e tutto questo è altrettanto ben detto quanto ben pensato.

155. A Roma intanto, le conseguenze della gratuità del mandato furono spiate più lungi da idee più assolute. Il mandato era gratuito non solamente per sua natura, ma era tale eziandio per sua essenza. Qualunque stipulazione d' una ricompensa facevalo degenerare in un altro contratto (6); e considera vasi il mandato siccome incompatibile con l' idea di profitto e di speculazione interessata.

156. E nulladimeno, noi troviamo ne' libri del diritto romano che permettevansi, in seguito del mandato, delle ricompense atte a dimostrare al mandatario la riconoscenza del mandante. Ammettevasi l' onorario *ex post facto*; lo si lasciava prestare dopo il fatto siccome un pegno di gratitudine ovvero a titolo d' indennità. Ulpiano

(1) Fenet, t. 14, p. 584.
(2) Ni 1 e 2, ne' quali io cito le interessanti parole di Cicerone e di Ulpiano.
(3) L. 1, § 4, D., *Mandati*.
(4) Fenet, t. 14, p. 592.
(5) Discorso dinanzi al Corpo legislativo. — Fenet, t. 14, p. 606. — *Junge*, Tarrible, p. 592.
(6) Paolo, l. 1, § 4, D., *Mandati*.

ce lo insegna in questi termini: *Si, remunerandi gratia, honor intervenit, erit mandati actio* (1); e Papiniano (2), del pari che i rescritti imperiali si accordano con lui su questo particolare (3). Ma gl' interpetri del diritto romano (4) hanno molta cura di fare osservare, e noi faremo con essi, come, perchè il mandato conservi il suo vero carattere, e non degeneri in un' altra azione, fa d' uopo che quest' onorario non sia promesso o non sia dato se non se dopo il fatto. Imperciocchè se il mandato non è gratuito *ab initio*, se il mandatario non imprende la gestione affidata alle sue cure, con un' idea graziosa e disinteressata, il contratto non può più meritare il nome di mandato. L' azione sarà una locazione di opere, se il fatto è tale da essere locato (5); se poi non è tale da esser soggetta a locazione, quell' opera sarà un contratto innominato, il quale darà luogo all' azione *praescriptis verbis* o *in factum*.

Quindi, per esempio, l' agrimensore salariato (7), il proxeneta che riceve un onorario (8) non sono mica mandatari, da che eglino vengono ricompensati *ab initio*, ciò che ripugna al mandato romano. Ma non per questo essi sono locatori di opere, perciocchè il loro ministero non si aggira sopra fatti suscettibili di locazione. Lo stesso è a dirsi dell' avvocato: l' onorario dato *ab initio* lo allontana dal mandato; ma la dignità del suo ministero lo allontana dalla locazione (9).

In questa materia adunque, del pari che in qualunque altra, si applica con un' attenzione particolare la massima: *Initium inspiciendum est* (10). Se nel principio il mandato è stato accettato senza mira occulta e col puro desiderio di rendere un servigio, esso rimane un vero mandato, ad onta della promessa fatta dopo di un onorario. Tale onorario non cambia affatto la natura dell'azione. Ma parimente, se nel principio il mandatario à convenuto un onorario, non v' à più un mandato propriamente detto, si bene, o una locazione, o un contratto innominato. Questa è la dottrina desunta dai commentatori del diritto romano. In tale sistema, Wissembach erroneamente avrebbe opinato che vi erano in Roma due specie di mandato: il mandato gratuito, ed il mandato salariato (11). Secondo le spiegazioni che quivi riproduciamo, e che sono le vere, avvi una sola specie di mandato, il gratuito, il quale non cessa affatto d'esser tale, quando un onorario viene a ricompensarlo *ex post facto* (12). Si è in questo senso che Ulpiano à discorso di un procuratore salariato, *procurator salariarius* (13); salariato dopo il fatto, perchè sia vero mandatario, ma è questi tutt' altro che un puro mandatario, se la convenzione di salario accompagna il contratto.

157. Del rimanente, fin dal momento che il mandante si era impegnato dopo il fatto a dare un onorario al mandatario, quest' ultimo aveva un'azione giudiziaria per farsi pagare quando il mandante era manchevole alla sua parola. Ma sì fatta azione non era già l'azione *mandati* (14), quantunque le parti fossero tra esse ne' termini di un mandato. Ed in vero, come mai il mandato, per sua essenza gratuito, avrebbe potuto produrre un' azione tendente ad ottenere una ricompensa (15)? L'azione ammessa in tal caso era in fuori del mandato, e differiva dall' azione *mandati*: era quella che veniva denominata, non già propriamente un' azione, ma una persecuzione straordinaria (*persecutio extraordinaria*) (16), di cui il pretore o il presidente della provincia era il giudice di merito (17).

Quivi si riconosce il rigoroso sistema di formalità osservato dal diritto romano, ed intanto si scorge in pari tempo lo spirito progressivo de' suoi giureconsulti, i quali, restando affatto ristretti nell'ambito del vecchio diritto, trovano il modo di adattarvi le loro vedute di miglioramento, e le innovazioni reclamate dalle usanze.

158. In Francia, non abbiamo atteso alla distinzione fra l' onorario promesso *ab initio*, e quello promesso *ex post facto*. Noi non crediamo affatto che il mandato sia alterato per

(1) L. 6, D., *Mandati*. *Junge*, l. 10, § 7, D., *Mandati*.
(2) L. 7, D., *Mandati*, e l. 56, § 3, D., *Mandati*.
(3) L. 1, C., *Mandati*: « *De salario autem quod promisit, apud praesidem provinciae cognitio praebebitur* (*Sever. et Anton.*).
(4) Doneau, lib. XIII, com. 10, 8. Noodt, *Mandati*. Favre, *Rationalia*, sulle leggi 6 e 7, D., *Mandati*.
(5) Doneau, *loc. cit.* Noodt, *loc. cit.*
(6) Doneau e Noodt.
(7) L. 1, D., *Si mensor* (*Ulp.*).
(8) L. 1, D., *De proxenet.*
(9) Bartolo sulla legge 1, D., *Si mensor*. — Baldo sulla legge 1, C., *De suffragiis*.
(10) L. 8, D., *Mandati*.
(11) Sul Digesto, *Mandati*, n° 3.
(12) Hilliger su Doneau, *loc. cit.*, nota (7).
(13) L. 10, § 7, D., *Mandati*.
(14) Cujacio sulla legge 7, D., *Mandati*, nel suo comento del 2° libro de' Responsi di Papiniano.
(15) *Causa salarii*, dice Cujacio, *nihil commune habet cum causa mandati*. (*Loc. cit.*)
(16) Cujacio, *loc. cit.*
(17) Papiniano, l. 7, D., *Mandati*.—Severo ed Antonino, l. 1, C., *Mandati*.—Ulp. l. 1, D., *De extraord. cognit.*

effetto di una stipulazione di onorario contemporanea al contratto (1). Non già che la nostra giurepruđenza ammetta potere il mandato divenire un contratto interessato da una parte e dall'altra, siccome appunto è la locazione di opere. E non per cadere in una sì grande confusione si è che ributtiamo le distinzioni troppo sottili del dritto romano. Fra il mandato assolutamente gratuito, e la locazione di servigi noi ammettiamo un contratto intermedio, val dire il mandato salariato, il quale è assai diverso dalla locazione di opere, e non cessa d' essere un mandato (2), quantunque si distingua dal mandato puramente gratuito per diverse notevoli gradazioni.

159. In conseguenza di sì fatto cambiamento di giurepruđenza, molte operazioni che il dritto romano non attentava collocare nella classe del mandato, pel motivo della stipulazione di onorari espressa o sottintesa nel momento del contratto, e non poteva riferire alla locazione di servigi, a causa della natura delle azioni, sono rientrate appo noi nel dominio del mandato, cui presso i Romani sarebbero appartenute qualora la stipulazione di onorari fosse stata posteriore al contratto. Lasciando da banda la sottilità delle classificazioni ed il rigore delle azioni, non esitiamo noi a riconoscere l'azione *mandati* ove i Romani credevano di poter accordare la sola azione *in factum* o *praescriptis verbis*.

160 Ulpiano, per esempio, pone il segnente caso, che fa d' uopo osservare:

. Io v' incarico di vendere per 1000 franchi il tale giojello ch' è di mia pertinenza; se voi ne effettuate la vendita per un prezzo maggiore, il di più cederà a vostro vantaggio. Sarà questo un mandato? No, ei dice; imperciocchè il mandato debb' essere gratuito: *Mandata gratuita esse debent*; e qui avvi una ricompensa pel mandatario. Che sarà dunque? Sarà un contratto innominato, il quale produrrà l' azione *in factum* (3). Ma con i nostri principi il mandato è evidente (4).

161. Altro esempio che presenta combinazioni più delicate.

Io v' incarico di riscuotere 100 franchi dal mio debitore che rattrovavsi a Cartagine, mentre che esigerò io 100 franchi dal vostro debitore a Roma. Può dirsi che in tal caso v'abbia un doppio mandato? Quantunque paresse certa l'affermativa, e sebbene voi ed io ci rendessimo un reciproco servigio con questa delegazione di poteri, il diritto romano, spingendo all'eccesso gli scrupoli sulla gratuità del mandato, voleva che l' azione in questione non fosse qualificata di vero mandato, perciocchè ciascuno de' contraenti è spinto dall' unico desiderio di esser utile a sè medesimo, non già dall' intenzione di prestar favore all' altra parte (5) Ma è questa un'esagerazione, la quale è respinta dalle nostre idee: il mandato è evidente.

162. Ne sarebbe poi lo stesso, dice Paolo, ove avessimo convenuto di fare a nostre spese quest' esazione, con la condizione però che tali spese saranno eguali dall' una e dall' altra parte (6)? Sì. Ma se queste non sono eguali, se un di noi passa rischio di rimanere in perdita, forse non si può dire come ripugni alla natura del mandato che il mandatario possa soffrire un danno per l' affare di cui viene incaricato (7)? O pure non deve rispondersi, per l'opposto, che certi patti possono alterare la natura del mandato, e che appunto il suddetto è di tal numero (8); e che perciò da tutti si riconosce che se vi dico: « Fatevi pagare 1000 franchi che « mi sono dovuti, ed io vi bonifico 10 franchi « per le vostre spese di esazione; ma cederà a « vostro carico qualunque altra spesa di più (9), » tutti, io ripeto, riconoscono che ciò sarà un mandato?

Nulladimeno Paolo, dopo aver espresse le migliori ragioni per dimostrare che nella nostra ipotesi si rinvengono i caratteri del mandato, conchiude che sarà un mezzo più cauto (*tutius*) quello di agire con l' azione *praescriptis verbis*. Ma questo è un eccesso di precauzione imposto dal rigore delle idee romane sulla differenza delle azioni!! E quanto a noi, si può per buona ventura passarvi sopra; e l' ipotesi di Paolo dev' essere appo noi risoluta dalla qualificazione di mandato.

163. Per tal modo adunque il mandato presso di noi, è gratuito per sua natura, non già per sua essenza siccome era a Roma. La convenzione può assicurare una ricompensa al mandatario. Il Codice à abbracciata la dottrina ricevuta da Pothier e dalla nostra antica giurepruđenza. E basta leggere i discorsi ufficiali pronunziati dai signori Berlier, Tarrible, e Bertrand de Greuille, per rimanere convinto di

(1) Pothier lo lascia intendere, n° 23.
(2) Berlier (Fenet, t. 14, p. 584, 585).—Tarrible (*id.*, p. 592).—Bertrand de Greuille (*id.*, p. 606).
(3) L. 13, D., *De praescript. verbis*.
(4) V. mio com. della *Società*, t. 1, n° 34.
(5) Favre sulla legge 5, § 4, D., *Praescript. verbis*.
(6) Paolo, l. 5, § 4, *De praescript. verbis*, e Cujacio su questo testo (*lib. 5, Quaest. Pauli*).
(7) Vedete Cujacio sulla legge 5, § 4, D, *De praescript. verbis* (*l. 5, Quaest. Pauli*). Nel comentare sì fatto dubbio di Paolo, ei dice: — *Abhorret a* NATURA *mandati ut mandatarius, sive procurator, oneretur impensis, et ex administratione alieni negotii in damno versetur.*
(8) Paolo, *loc, cit.*, e Pothier (*Pandectae Just.*), su questa legge, *De praescript. verbis*, n° 20, traendo da Cujacio, *loc, cit.*
(9) Paolo, l. 5, § 4, D., *De praescript. verbis*, e Cujacio, *loc. cit.*

ciò, che la legge attuale si lign alle precedenti dell' antico diritto mercè nodi i più stretti.

164. Ma qui presentasi una difficoltà :

Poichè il mandato si aggira sopra un' obbligazione di fare, e questa obbligazione di fare può non essere assolutamente gratuita, in che dunque il mandato salariato si distingue dalla locazione di servigi la quale è pur essa un contratto con cui una delle parti si obbliga fare qualche cosa mediante un prezzo (1)?

Per rispondere ad una tale obbiezione, noi faremo primieramente osservare che la differenza fra la locazione ed il mandato non si trae affatto, siccome talvolta si è creduto (2), da ciò che, nel mandato, il mandatario agisce in nome e qual rappresentante del mandante in faccia ai terzi, mentre che, nella locazione, il lavoro vien fatto dall' operaio, non già in nome ed in vece del proprietario, ma solamente per suo conto e senza rappresentazione rispetto ai terzi (3). È certo, che vi sono molti casi ne' quali la giureprudenza à scorto sempre locazioni di opere, benchè queste opere istesse fossero fatte in nome del proprietario da qualcuno che lo rappresentava ; e che reciprocamente, altre opere sono state congiunte al mandato, quantunque il mandatario non fosse incaricato di agire in nome del mandante e qual costui rappresentante in faccia ai terzi.

165. Per esempio ; io do i miei abiti ad un cavamacchie (quegli che parla è Cajo) perchè li ripulisca, e li rimetta in buono stato. Evidentemente questo cavamacchie non è affatto incaricato di rappresentarmi in faccia a' terzi ; ed io non gli ò dato una facoltà di agire in mio nome presso altri. Altro non fo che richiedere dalla sua industria un' operazione che la mia inabilità, o quella de' miei servitori, m' impedisce di procurare a me stesso. Quel cavamacchie non lavorerà adunque in mia vece ; e se è per mio conto ch' egli farà quello che gli chieggo, ciò non sarà mica in mio nome ed in seguito d' una capacità che gli avrei trasmessa. È bene! che dice Cajo? Quel cavamacchie sarà un mandatario, qualora ripulisca gratis i miei abiti : e converrà vedere in lui un locatore di opere solamente quando riceverà un prezzo. Si fatta decisione è ripetuta due volte ne' libri di Cajo (4), e Giustiniano l' à ritrovata tanto buona che l' à elevata a legge nelle sue Istituta (5).

166. Paolo, nel libro XXXIII del suo comento sull' editto del pretore, si occupa di un operajo che insegnava gratis il suo mestiere allo schiavo di un suo amico : altro ei non vede in quest azione se non se un mandato (6).

167. Questi esempi si aggirano sopra casi nei quali il lavoratore è considerato nel punto di veduta di un mandatario, quantunque ei non sia chiamato affatto ad eseguire rispetto ai terzi un ufficio di rappresentante. Eccone uno in cui gli è attribuito il carattere di locatore di opere, benchè la sua funzione lo costituisca, riguardo ai terzi, il rappresentante di quello che gli à conferite le sue facoltà. È questo il caso di un proprietario di naviglio, il quale prepone alla direzione del suo bastimento un capitano di barca con l'incarico di agire in sua vece, in suo nome, e per suo conto. Se questo capitano di barca riceve un salario da quello che lo à preposto (*exercitor*) e che ò da lui rappresentato, egli non è altro che un locatore di opere (7). Ma se il suo ministero è gratuito, allora, e solamente in tal caso, converrà vedere un mandatario nella sua persona (8).

168. Da ciò questa doppia regola, una data da Cajo, l' altra da Paolo : Ciò che è locazione di opere a motivo che vi à un prezzo stipulato, diventa mandato, quando non avvi alcun prezzo : « *Quoties faciendum aliquid gratis dederim, quo nomine, si mercedem statuerem, locatio et conductio contraheretur, mandati esse actionem* (9). » Questa regola di Cajo è riprodotta da Giustiniano nelle sue Istituta (10).

Reciprocamente, ciò che era mandato poichè un sentimento di cortesia regolava l' azione, può diventar locazione quando il medesimo sentimento non esiste ed è sostituito dalla stipulazione di un prezzo. È questa l' altra regola trattata da Paolo (11).

169. Questi due assiomi sono fondamentali. Gl' interpetri del diritto romano li ànno tenuti incessantemente presenti: e tutti riconoscono che il mandato non è mica caratterizzato dalla funzione rappresentativa del mandatario; e tutti concordemente insegnano che la locazione di

(1) Art. 1710 Cod. civ. (1556 LL. civ.).
(2) Mio com. della *Locazione*, t. 3, ni 805 ed 809.
(3) Il mio com. della *Locazione*, t. 3, ni 805 ed 809, contiene varie particolarità che sono atte a confutare la suddetta distinzione.
(4) III. com. 162, e l. 22, D., *De praescript. verbis*. — Sopra di che dice il Presidente Favre : *Quis enim dubitat quin, hoc casu, mandatum inter nos contractum sit?*
(5) *De mandato*, § 13.
(6) L. 26, § 8, D., *Mandati*.
(7) Art. 234 del Cod. di com. (222 LL. di ecc.). — *Infra*, n° 237.
(8) L. 1, § 18, D., *De exercit. act.* Ulpiano.
(9) III, com. 162.
(10) *De mandato*, § 13.
(11) L. 1, § 4, D., *Mandati* (*lib. 32, ad edict.*) : — « *Interveniente enim pecunia, res ad locationem et conductionem potius respicit.* »

opere può incontrarsi nella facoltà di rappresentare una persona in faccia ai terzi e di agire con altri in di lui nome. Una tale locazione, essi dicono, non toglie che i terzi contrattino col locatore di opere nello stesso modo che contratterebbero con un mandatario che avesse la facoltà di rappresentare; i quali terzi ànno le stesse sicurezze, le stesse garentie, le medesime azioni. Il contratto, se è una vera locazione fra il locatore di opere e 'l proprietario, produce riguardo ai terzi gli stessi effetti del mandato, e costoro non ànno alcun interesse d'investigare se colui col quale contrattano procede gratuitamente e però qual mandatario, o pure mediante un prezzo e per conseguenza qual locatore di opere. Bortolo (1), Paolo de Castro (2), Jason (3), Favre (4) e cento altri ànno fatto questa giudiziosa osservazione. Si è questa la conferma della seguente verità perpetua ed incontrastabile, cioè, che la locazione di opere può contenere una facoltà di rappresentare il proprietario senza che per ciò s'invada il dominio del mandato.

170. Noi adunque diciamo che non è già nell'officio del mandatario e dell'operajo che si trova la differenza fra il mandato e la locazione di opere. Egli è evidente che potendo il mandato diventar locazione, e la locazione diventar mandato senza cambiar per nulla l'ufficio stabilito col contratto, quest'ufficio è in sè stesso indifferente sulla quistione che ci occupa. In altra parte, e non quivi sta la differenza fra que' due contratti.

171. Ora, la giureprudenza à attesa (e noi con essa attendiamo), per distinguerli, a due importanti circostanze, le quali discendono una dall'altra. La prima, è il prezzo; la seconda, è la qualità delle operazioni che una delle parti debbe effettuare. Io ripeto, queste due circostanze si concatenano e si ligano. Ma, per procedere analiticamente, fa d'uopo intrattenersi separatamente su ciascuna di esse.

172. Nella locazione, il prezzo è essenziale. Nessun prezzo, nessuna locazione di opere (5). E non solamente debbe questa avere un prezzo; ma eziandio è necessario che tal prezzo sia in rapporto col valore dell'opera (6).

Nel mandato, la cosa va diversamente. Il carattere naturale di questo contratto è la gratuità (7); e se, in certi casi, la legge autorizza il mandante a riconoscere con una ricompensa il servigio che gli è stato renduto, se essa dà pure azione al mandatario affin di ottenere la giusta indennità che la convenzione gli à promesso per le sue fatiche, essa intende che questa ricompensa e questa indennità non sieno affatto assimilate al prezzo venale d'una cosa che si compra (8). Per ciò ancora che il mandatario presta un servigio, e che vi à nel suo ministero qualche cosa di officioso, la legge si oppone a trovare un equivalente fra il fatto e la ricompensa. Il fatto del mandatario le sembra posto sotto l'influenza di un motore che non si paga, cioè: l'idea di prestare un servigio, il sacrifizio di sè stesso per gl'interessi di un altro, ecc.

173. Laonde, sotto questo primo rapporto, vi à una grande differenza fra il prezzo della locazione di opere, e l'onorario del mandato. Il primo corrisponde al valore del fatto, ne è l'esatto apprezzamento, tramuta in denaro cosa per cosa, e si è al caso di dire con Ovidio:

« *Omnia conductor solvit. Mercede soluta,*
« *Non manet officio debitor ille tuo* (9). »

Per l'opposto, l'onorario del mandato lascia una disuguaglianza fra la ricompensa ed il fatto, non à lo scopo d'essere il giusto equivalente del servigio renduto, e lascia un luogo alla gratitudine la quale essa sola può compiere il prezzo: *Mercedem non meriti, sed occupationis suae ferunt* (10).

Partendo da tal punto, quanto più il prezzo della locazione si discosta dall'effettivo valore dell'opera, tanto più si è lontano dalla natura della stessa locazione di servigi che richiede l'eguaglianza fra la cosa ed il prezzo. Ed al contrario, quanto più tenue è l'onorario, avuto riguardo al servigio reso dal mandatario, tanto più si è vicino alla natura normale del mandato, la quale è la gratuità.

174. Quindi si starà bene attento a non prendere per guida le medesime regole ne' giudizi re-

(1) Sulle leggi 1, D., *De procurat.*, e 5, § *Sed si facia*, D., *De praescript. verbis.*—*Infra*, n° 237.

(2) Sulla legge 5, § *Sed si facia*, D., *Praescript. verbis*. Dopo aver posto il caso di un mandato salariato il quale degenera in locazione, ei dice, n° 5:—« Nihilominus adversarius (il terzo con cui il mandatario « à contrattato) non poterit opponere: *Tu non habes mandatum exigendi contra me, quia mandatum debet « esse gratuitum, et tu praestas officium non gratuito, sed pro mercede.* Quia poterit respondere: *Licet in« ter me et dominum sit contractus locationis, tamen quantum ad te, videor habere mandatum domini, cum « appareat de voluntate sua, et resultat mandatum ex illo.* »

(3) Sulla legge 5, § *Sed si facia*, n° 2.

(4) *Rationalia*, ad Pand., sulla legge 5, § 4, D., *De praescript. verbis.*

(5) Art. 1710 C. c. (1556 LL. civ.).—Mio com. della *Locazione*, t. 3, n° 814. — Paolo, l. 1, § 4, D., *Mandati*. — Cajo, III, com. 162. — Giustiniano, Inst., *De mandato*, § 13.

(6) Pothier, *Locazione*, n° 399. — Mio com. della *Locazione*, t. 3, n° 814.

(7) Paolo, Cajo, Giustiniano, *loc. cit.* — *Supra*, n° 163.

(8) Bertrand de Greuille (Fenet. t. 14, p. 606).

(9) Lib. 1, *Amor.*, eleg. 10, vers. 45.

(10) Seneca, *De benef.*, 6, 15.

lativi al prezzo della locazione ed in quelli relativi all' onorario del mandato. Le quali non potrebbero esser simili, qunndo non esistesse parità.

I Romani avevan ciò egregiamente conosciuto: appo loro il prezzo della locazione denominavasi *merces* (1); ed essi davano il nome di *mercenarii* a quelli che locavano i loro servigi (2). Questo prezzo (*merces*) era considerato siccome l'equivalente del servigio (3), e seco portava un' idea di venalità incompatibile con qualsiasi unione di sentimento officioso (4). *Contraria officio*, *contraria amicitiae merces*: son queste le espressioni di Cujacio (5); ed esse esprimono con energia l'accordo di questo motto.

Ma la ricompensa del mandatario riceveva raramente ed impropriamente questo nome mercantile (6); si dava ad essa più volentieri l' orrevole titolo di onorario (7), o pur di salario (8), e quest' ultima parola non aveva presso i Romani il basso significato cui è venuto appo noi, ed indicava la ricompensa dovuta alle arti liberali, ai pubblici servigi ed agli uffici privati i quali avevano una certa nobiltà (9). Del rimanente, niuna cosa è conosciuta più di queste distinzioni (10), che io ò esposte esattamente nel mio comento della *Locazione*, con l'ajuto di Cujacio (11) e delle autorità più ragguardevoli (12).

175. E tra perchè esse son fondate su d' una esatta valutazione de' diversi motori che precedono alle nostre azioni, e perchè risguardano taluni sentimenti onorevoli i quali àn sempre esercitata una sì grande influenza sul carattere francese, la nostra giureprudenza si è di esse fortemente impossessata. Giungo fino a dire che quelle distinzioni sono entrate nel nostro diritto più profondamente di quel che erano nel diritto romano. La nostra alterezza si muoverebbe a sdegno all' idea di compensare materialmente con una pecuniaria indennità il merito di servigi i quali posson essere riconosciuti dal solo onore e dalla sola gratitudine (13). Fra la giornata di lavoro dell' operajo e l' onorario dell' avvocato, non esiste differenza soltanto di quantità: vi à differenza soprattutto nella natura delle cose. Se il prezzo dovuto all' operajo non si chiama affatto onorario, se l' onorario dovuto all' avvocato non si denomina prezzo, non è mica per sostenere delle vane e delle futili distinzioni; si bene per caratterizzare de' rapporti profondamente distinti, e per conservare ad ognuno di essi la sua fisonomia, il suo principio e 'l suo obbietto (14).

Io ripeto:

L' antico diritto francese à proclamato cento volte queste nozioni. I discorsi ufficiali pronunziati sul Codice civile sono stati da esse suggerite, e dimostrano che tale sia lo spirito della legge che ci regola (15).

176. Ma non è già il solo prezzo quello che costituisce una differenza fra il maudato e la locazione: debbesi eziandio, e per conseguenza, considerare la stessa qualità delle operazioni. Tutt' i fatti dell' uomo possono formare oggetto di un mandato, allorchè sono leciti. Ma vi sono delle operazioni le quali, benchè lecite, non costituiscono locazione (16). Il giureconsulto Paolo ne à fatto l' osservazione (17), e l' opinio-

(1) Brisson, *De verb. signif.*, v° *Merces*.

(2) *Id.* Ei cita un gran numero di testi. Soprattutto è d' uopo osservare la legge 11, § 1, D., *De poenis*, nella quale dice Ulpiano: *Mercenarius ab eo qui operas suas locaverat.*

(3) Contius sulla legge *Contractus*, D., *De diversis regulis juris*: « *Aequamentum est operae merces.* »

(4) Cicer., *De officiis*, l. 45. « *Merces est auctoramentum servitutis.* »

(5) Sulla leggo 7, D., *Mandati* (lib. 3, *Resp. Papin.*).

(6) Lo si trova adoperato nel suddetto senso improprio nella legge 1, D., *De ext. cognit.*; nella legge 1, C. Theod., *De medicis*, ecc.; in Cicerone, Philippic., 2, 17; ed in Giovenale, satir. 7.

(7) Ulp., l. 6, D., *Mandati*.

(8) Papiniano, l. 7, D., *Mandati*. Ulp., l. 10, § 9, D., *Mandati*. Severo ed Antonino, l. 1, C., *Mandati*.

(9) Brisson, v° *Salarium*. I testi sono molti. — Qui aggiunge le seguenti parole di Contius: « Salarium « est mercedula, non merces; nec aequamentum operae est ut merces; nec animo aequandae est compensan- « dae datar, sed duntaxat remunerandae. » — Sulla legge *Contractus*, D., *De reg. juris*.

(10) *Haec sunt notissima*, dice Cujacio, sulla legge 1, D., *Mandati*. (lib. 32, *Pauli ad edict.*).

(11) Sulla sopraddetta legge, ed inoltre sulla legge 7, *Mandati* (lib. 3, *Resp. Pap.*).

(12) V. t. 3, del mio com. della *Locazione*, ni 792 e segg. — *Junge*, Noodt, *Mandati*. — Voet, *Mandati*, n° 2.

(13) Questo è quanto fa osservare Bertrand de Greuille, organo del Tribunato dinanzi al Corpo legislativo (Fenet, t. 14, p. 606).

(14) Bachovius, *Ad disput. Treutleri*, disp. 27, tesi 1, l. E, *De mandato*, lettera E: « Aliud esse mer- « cedem, quae pro exaequatione et compensatione operae constituatur et faciat esse locationem; aliud honorarium « quod ex gratitudine, remunerationis causa, promittitur. Quam differentiam mercedis et honorarii tradunt glossa, « Angelus et Joh. Faber in § ult. h. tit., adjecto etiam hoc: *Quod locatio et merces dicatur de factis locari solitis. honorarium de factis locari* NON SOLITIS. »

(15) V. Berlier, Tarrible, e Bertrand de Greuille.

(16) Doneau, XIII, com. 6, n° 4.

(17) L. 5, § 2, D., *De praescript. verbis*. — Ecco il testo di Paolo: « At cum do, ut facias: *Si tale sit factum* « *quod locari soleat*, puta, ut tabulam pingas, pecunia data; locatio erit, sicut superiore caso, emptio. Si res; « non erit locatio, sed nasceretur vel civilis actio in hoc, quod mea interest, vel ad repetendum condictio. *Quod si* « *tale sit factum, quod locari non posset*, puta, ut servum manumittas: sive certum tempus adjectum est, intra « quod manumittatur, idque, cum potuisset manumitti, vivo servo, transierit; sive finitum non fuerit, et tantum « temporis consumptum sit, ut potuerit debueritque manumitti, condici ei potest, vel praescriptis verbis agi. » —

ne generale, dal diritto romano sino a noi. à segnato una linea di confine fra certi fatti che cadono nel dominio della locazione, ed altri che non potrebbero entrarvi.

177. Ma quali sono questi fatti che possono costituire locazione? E con quali contrassegni potranno essere riconosciuti? Qui principia la difficoltà.

Tale quistione è stata esaminata da Bartolo (1). Prima di tutto, ei dice, vi sono degli atti di puro fatto (*mere facti*), siccome l'andare a Roma, portar de' libri ed altri simili: quali fatti possono esser locati. Ve ne sono degli altri ne' quali trovasi frammischiato il diritto, siccome liberare il vostro schiavo, vendere una casa; e questi fatti mischiati di diritto, sono momentanei o pur successivi. Quando sono momentanei, come liberare, vendere ecc., non possono affatto costituire locazione, giusta vien dimostrato dalla legge 5, § 2, D., *De praescript. verbis*. Ma allorchè sono successivi (*si habent factum successivum*), ad esempio agire in giudizio in mia vece, sono suscettibili di locazione.

Sopra sì fatta osservazione i pareri sono stati discordi: taluni l'anno dichiarato soddisfacente (2), taluni altri insufficiente ed arbitraria. Jason la ritrova pericolosa, *multum periculosa* (3). Dice egli, cosa significa, in vero, questa distinzione fra i fatti puri ed i fatti frammisti al diritto, i primi de' quali possono adattarsi alla locazione, mentre che i secondi non vi si prestano affatto? I testi la smentiscono, e puossi opporre a Bartolo, con molta convenevolezza (4), la legge 19, §. 1, D., *De praescriptis verbis*, nella quale Ulpiano attribuisce il carattere di locazione od un contratto con cui una delle parti aveva ipotecato un suo immobile o pro di un terzo nell' interesse dell' altra parte che gli avea promesso il compenso di sì fatta garentia (5). Vi à certamente una unione di diritto in questo fatto d'ipotecare, e nondimeno Ulpiano non decide ch'esso costituisce locazione (6)? E scorgesi da ciò l' errore di Bartolo il quale, nell' applicare la sua dottrina ad esempi, pretende che non si possa locare il fatto di vendere la propria sua cosa. Qual differenza vi à mai fra il fatto di vendere la sua casa, e 'l fatto d' ipotecarla? Se quest' ultimo fatto può esser materia d' una locazione, per qual motivo non ne sarebbe anche il primo (7)?

Inoltre, l' altra distinzione di Bartolo fra i fatti passaggieri ed i fatti successivi non è mica migliore, secondo l' osservazione del nostro interpetre. Ipotecare il suo immobile per costituirlo di cauzione altrui, è un fatto tanto momentaneo per quanto è quello di liberare uno schiavo: ciò che non trattiene Ulpiano dal rapportarlo al contratto di locazione, quando è pagato con un prezzo (8).

Queste obbiezioni sono sembrate insormontabili a Bachovius il quale opina che sì fatta teoria di Bartolo dev' essere lasciata (9), ed Hilliger cita altri dottori che son pure dello stesso avviso (10).

178. Jason ne propone un' altra Un fatto, ogni qualvolta è di quelli dai quali può ricavarsi un profitto pecuniario, un emolumento in danaro, è suscettibile di locazione, e non scampa dalla locazione di opere se non in quanto non può produrre un guadagno per colui che lo esegue (11). Ma gli stessi partigiani di Jason non ànno affatto dubitato a stimare questa

È necessario osservare in Cujacio il comento di questa legge (in lib. 5, *Quaest. Pauli*). — « *Do tibi pecuniam* « *vel rem ut Stychum manumittas*. Quae conventio non est locatio conductio, quia manumissio tale est factum, quod « locari non possit. *Opera locari potest*, non *liberale officium*. *Quia nec pro liberali officio datur merces, sed da-* « *tur honor aut salarium.* » — Consultate pure Pothier, *Pand.* (*Praescript. verbis*, n° 16).

(1) Sulla legge 5, § *At cum do*, D., *De praescript. verb.*

(2) Favre, *Ration.*, su questa legge: « *Respondet autem Bartolus, nec male*, ecc. »

(3) Sulla legge 5, § *At cum do*, D., *De praescript. verbis.*

(4) « *In contrarium stringit fortissime textus in lege* ROGASTI, § 1, D., PRAESCRIPT. VERBIS. »

(5) Jason, *loc. cit.*: « Pignorare rem meam per te est actus facti habens mixturam juris. »

(6) *Si merces intervenit*, dice Ulpiano, *ex locato esse actionem.*

(7) Or ora vedremo che Jason fa dire a questa legge ciò che non dice.

(8) Io avverto eziandio che Jason fa dire ad Ulpiano tutt' altra cosa di quel che dice costui.

(9) Bachovius à riprodotto gli argomenti di Jason nel seguente passo che forse piacerà di qui trovare. Farò soltanto osservare che sono positive le discrepanze di opinioni, l' esistenza delle quali è negata da Bachovius, siccome è già pruovato da quello che ò detto di Bartolo e di Favre. A me sembra che il dissimulare le effettive difficoltà, per meglio diminuirle, non sia mica l'espediente atto ad averne ragione con maggiore speditezza (in Treutler, *disp.* 29, *De locat.*, tes. 1, lettera G].

« Tractatur hic de locatura factorum, qualia sunt. Non omnia, sed quaevis, *sed locari solita*. ut docet J. C., « in l. 5, § *At cum do*, D., *De praescript. verb.*, circa cujus rei definitionem, quam Treutler tradit, miram D. D. « variationem non deprehendo. Nam et Baldus, Salicet., Castrensis in dict. , § *Ut cum do*, ubi propria hujus rei « sedes, nihil hac de re disputant ; et ibid. Jason ait hoc a doctoribus communiter non teneri. Bartolus distinguit « inter mere facta quae simpliciter sunt objectum locationis, et quae habent adnexum aliquid juris ; quae subdistin- « guit in *momentanea*, quae hinc removet, ut manumittere, fundum vendere; et *successiva*, quae etiam objectum « locationis facit, velut causam in foro agere. Verum re bene perpensa, non apparet quomodo ex momentaneitate « aut puritate facti recte haec quaestio decidatur. Quare si quis alteri et rem ipsius vendat, mercedem constituat, « locationem esse putarim, vel arg. l. 19, § 1, *De praescript. verb.*, ubi locatio est, si quis alteri mercedem dat, « ut rem pro ipso oppigneret ; et amplius illo textu, quod factum istud aliquid habeat juris, sententiam Bartoli for- « tissime refutari ait Jason. »

(10) Su Doneau, XIII, com. 6, n° 4 nota (7).

(11) Sulla legge 5, § *At cum do*, D., *De praescript. verbis.*— « Et propterea considerandi mihi istum tex-

distinzione espressa in modo troppo generale, ed ànno sentita la necessità di correggerla, imperciocchè vi à de' fatti dai quali si trae un utile, e che, a motivo della loro dignità o del decoro che li accompagna, non degenerano in locazione (1). Perciò Bachovius propone, in via di seconda distinzione, di rapportarsene alla qualità delle azioni, e di far divenire locazione soltanto quelle le quali, essendo meno degne e meno onorevoli, sono soggette alla consuetudine d' essere valutate in danaro (2).

179. È questo il solo sistema che mi sembra quale dev'essere. Per altro io non vorrei che si attaccasse molta importanza a tutt' i testi dei quali si è fatto uso per combattere Bartolo. Jason, Bachovius ed altri cadono in errore, quando insistono, per esempio, sulla legge 19, § 1, D., *Praescriptis verbis*, dalla quale conchiudono che il contratto per effetto di cui mi obbligo ad ipotecare il mio immobile per vostra cautela, mediante un prezzo, contenga un fatto posto da me in locazione. Questa legge non importa una decisione tanto straordinaria, nè à in veduta lo stesso fatto del pegno. Essa non considera altro se non se ciò, che l' ipoteca da me consentita nel vostro interesse è in certo modo un uso della mia cosa che vi trasmetto, e che a questo modo vi à nella nostra convenzione, non già una locazione di servigi, si bene la locazione di una cosa. Bartolo aveane fatta la osservazione con molto senno e sagacità. *Opponitur quod tale factum non consueverit locari* (*L. naturales*, § *At cum do*. D., *Praescript. verb.*). *Solve* : *debes intelligere quod fuit locata* RES IPSA, *et non factum pignoratitium fuit locatum* (3) ; e Pothier à fuso nelle sue Pandette (4) questa eccellente interpetrazione che pure è quella di Cujacio (5).

180. Nullandimeno le critiche dirette contro la teoria di Bartolo sussistono nel fondo, ed io credo che cada questa teoria quando la si esamina col lume della ragione.

Non comprendo come un fatto frammisto di diritto sarebbe suscettibile di locazione quando è successivo, e come cesserebbe d' essere suscettibile di locazione quando è momentaneo. Io vi fo mio commesso per vendere le mie mercanzie: queste vendite che voi effettuate con i compratori, dopo di aver conteso e stabilito il prezzo, contengono un' unione di diritto: non trattasi del puro fatto di andare a portare una lettera o di nettare un abito : son quelli inoltre de' fatti passaggieri : e ciò non ostante non negherà nessuno che il commesso non proceda per effetto d' una locazione.

181. Il vero ostacolo a ciò che un fatto costituisca locazione sta nella dignità, nell'onore e nell' importanza di questo fatto (6). Bachovius, giusta si è veduto, ne à fatta l'osservazione dopo molti altri (7), e molti altri dopo di lui ànno additata, sostenuta o dimostrata questa verità (8). Conviene attenersi a tale soluzione, che in corrobora col simile avviso di Cujacio : *Opera locari potest, non liberale officium* ; *quia nec pro liberali officio datur merces, sed datur honor vel salarium* (9).

182. Ciò posto, rimane una sola difficoltà, quella cioè di discernere i servigi che vengono ricompensati con un onorario, dai servigi che vengon pagati con un prezzo. Per giungervi, è necessario consultar lo spirito delle diverse professioni e l' opinione che si à di esse. I giureconsulti romani àn fatto risplendere in questa investigazione il loro squisito giudizio e la loro alta filosofia, come vedremo di qui a poco. I nostri non ànno addimostrato minore discernimento e giustezza nella descrizione della gerarchia delle private funzioni che occupano la nostra nazionale attività. Io so bene che si fatta gerarchia è dichiarata da talune scuole siccome puerile o aristocratica. Ma il loro errore deriva da ciò che esse, nella cura che ànno per gli interessi materiali, riferiscono esclusivamente alla produzione economica talune azioni il lato morale delle quali è dimenticato o pur soppresso dai loro sistemi. La vera scienza dell' econo-

« tum, videtur posse dici, quod tuum factum videtur locabile, quando est tale quod ex eo potest sequi emo-
« lumentum pecuniae. Sed quando est factum propter quod non potest sequi commodum pecuniarium, ut est
« in manumissione servi, tum factum non dicitur locabile. »

(1) L. 1, D., *Si mensor.*

(2) Mihi principalis distinctio hujus rei *a qualitate ipsa facti petenda videtur; quod propter gravitatem et dignitatem suam spernat compensari et aestimari mercede.* Cujusmodi est opera advocati, medici, ecc., ecc. Quae sententia videtur esse DD. In aliis factis interesse dicem, an ex eo utilitas redeat ad alterum necne, quoniam hic locationis finis est, ut commoda nostra promoveamus. Atque ita defendi potest sententia Jasonis in leg. 5, § *At cum do*, D., *Praescript. verbis*, ubi facta locari solita definit, ex quibus ad alterum redit commodum pecuniarium ; at J. C. sententia haec restringatur *ad hoc genus factorum quae mercede aestimari et possunt et solent* (*loc. cit.*). V. pure il passo dello stesso scrittore di sopra riportato e tratto dalla *disput.* 27, tes. 1, l. E.

(3) Sulla legge *Rogasti*, § *Si praedium*, D., *Praescript. verb.*

(4) *De praescript. verb.*, n° 15.

(5) *Recit. sol.* sul t. *De praescript. verbis* su questa legge. *Certum est te praedium locasse, me conduxisse.*

(6) *Ratione suae naturae* (dice Brunaman) *ut propter* GRAVITATEM *et* DIGNITATEM *spernat aestimationem pecuniariam vel mercenariam*, *ut opera advocati*, *medici et mensoris* (sulla legge 5, D., *De praescript. verbis*).

(7) *Loc. supra citato.*

(8) V. Brunaman, *loc. cit.*, e gli autori da lui indicati.

(9) Sulla legge 5, § 2, D., *De praescript. verbis*, lib. 5, *quaest. Paull.*

mia politica, la quale è un gran ramo delle nostre conoscenze e 'l cui dominio è già sì vasto, aspira a studiare l'uso delle forze umane applicate alla produzione materiale; essa abbandona alle scienze morali l'investigazione degli altri motori che spingono l'intelligenza al lavoro ed all'azione. Ora le scienze morali, come la filosofia ed il diritto, riconoscono, all'in fuori della produzione materiale e del suo impiego, taluni principî morali di onore, di gloria, di attaccamento e di generosità; principî distinti dall'interesse, de' quali è d'uopo tener conto nell'estimazione delle azioni dell'uomo.

Per esempio, la filosofia ed il diritto non ammettono affatto che il magistrato sia un facitore di arresti, come un tesseraudolo è un facitore di bambagini; che il prete sia un facitore di preghiere, come l'ebanista è un facitore di mobili; che il genio della poesia e delle lettere produca drammi, epopee, libri, come un meccanico produce molle di automi. La filosofia, la morale, ed il diritto sostengono a ragione come non mai da una scienza che à la ricchezza pubblica per obbietto speciale delle sue cognizioni conviene improntare le nozioni mercè le quali si stima il merito delle azioni di cui l'attaccamento e l'amore dell'umanità, anzichè il lucro, sono la generosa cagione. Ciò che à maggior relazione alla massa della pubblica ricchezza non è sempre ciò che è il più meritorio, il più degno, il più onorato, e l'opinione è un giudice severo che non misura i gradi dai prodotti pecuniari delle professioni. Regna soprattutto in Francia sì fatta opinione, la quale è preziosa sorgente d'una lodevole emulazione fra l'onore e l'interesse. In questa Francia tanto appassionata per ogni gloria dell'ingegno; tanto tenera de' nobili attaccamenti; tanto piena di riconoscenza per i servigi disinteressati; tanto vaga delle risoluzioni e de' movimenti spontanei; ove tutto ciò che vien fatto di sublime sembra tanto più illustre per quanto àvvi maggior lancio e minor calcolo; nella nostra Francia, io diceva, noi non vedremo mai finire le nozioni che conservano ed accendono il senso morale, e che àn collocato sì altamente il nostro carattere nazionale nella stima dell'Europa. Quindi io non ò timore d'un avvilimento, ove la nostra ardente e fiera spiritualità andasse ad agghiacciarsi nel seno di un freddo materialismo. Nulladimeno, non vorrei che anche indirettamente, o sopra punti secondarî, si facesse cedere le possibilità del nostro punto d'onore in quel che v'è di giusto e di riguardevole. Ora, confondere lo spirito delle diverse professioni, misurarle tut e dai profitti che arrecano, non vedere in esse che la molla dell'interesse, e trascurare il mobile dell'onore, dell'attaccamento e del pubblico bene il quale distingue in esse tanti uomini, è lo stesso che produrre una perturbazione nella morale ed un'alterazione dei principî del nostro diritto. Io desidero al certo che nel punto di veduta della pratica giurisprudenza, le conseguenze di sì fatta confusione non sieno altrettanto spaventevoli per quanto sono pericolose in morale. Ciò non ostante mi ci oppongo; *principiis obsta*. Questo colpo alla verità sarebbe un mezzo per andare più innanzi, e far passare nel nostro diritto taluni elementi di materialismo i quali sarebbero ad esso cagione di fastidio, da che ripugnano al diritto medesimo. Il quale è tanto più perfetto quanto più si avvicina alla morale ed alla filosofia. I giureconsulti romani, e l'antica scuola francese gli avevano dato questa desiderabile perfezione, su ciò che risguarda il nostro soggetto. Il Cod. civ. à voluto conservargliela, ed il suo intendimento è positivamente significato dai discorsi de' diversi organi della legislatura che àn preso parte alla sua formazione. I signori Berlier (1), Tarrible (2), e Bertrand de Greuille (3) ànno pronunziato de' discorsi di cui facciamo uso per opporci ai sistemi che tendono a sconvolgere quest' armonia in qualsiasi modo.

Ora, il senso morale dinota esservi fra le professioni una disuguaglianza di merito e di onore (4). Dunque il diritto deve riconoscere e consacrare sì fatta disuguaglianza, e ciò appunto è quello che fa quando assegna agli uni la locazione, agli altri il mandato. La locazione ed il mandato sono il modo di cui si vale per conservare nelle leggi civili quelle utili distinzioni, che i costumi, la politica e la filosofia àn posto nelle cose. Io non intendo offendere nessuno; nè voglio esaltare l'orgoglio degli uni o contristare l'umiltà degli altri. « In sostanza, dice « ottimamente Bossuet, tutto è eguale fra noi. « La superficiale distinzione che ci eleva gli uni al disopra degli altri risguarda l'ordine « del mondo, e non cambia affatto la sostan« za (5). » Ma perchè siamo di questo mondo, dobbiamo considerare con esso, ed aver riguardo di sì fatte superiorità relative mercè le quali è ordinato. Ora, ponendosi in questo centro terrestre e lontano dalle sublimi regioni in cui il filosofo cristiano ci trasporta, se tutti gli uomini sono eguali, tutte le loro azioni non sono eguali del pari; e poichè non potrebbesi mettere sulla stessa linea tutt' i servigi ch' essi rendonsi fra loro, non si potrebbe nè pur trascorrere il livello dell'esteriore eguaglianza sugli stati o sulle professioni cui quelle operazioni si

(1) Fenet, t. 14, p. 584, 585.
(2) *Id.*, p. 592.
(3) *Id.*, p. 606.
(4) Mio com. della *Locazione*, t. 3, n° 807.
(5) *Meditazioni sull' Evangelo*, cap. 157.

rannodano. Per me, io sono della scuola di Montesquieu il quale diceva: *Vi à una sorte per qualunque professione* (1). Rilevo che Aristotile classifica le arti ed i mestieri come una scala in cui la superiorità relativa dipende dal grado d'intelligenza; per modo che gli uni sono innalzati e gli altri sono avviliti e servili (2). Ricordo i confini sì giustamente delineati da Cicerone fra le professioni liberali (3) e le vili (4). Egli è vero che non àvvi mestiere, per quanto fosse mercenario, nel quale l'uomo non possa farsi distinguere con le sue virtù personali. L'abilità e la pazienza ne' lavori, la rassegnazione nelle fatiche, l'economia e l'amore della famiglia, il desiderio del ben oprare, sono qualità di gran pregio, le quali assicurano a colui che le possiede l'estimazione de' suoi concittadini. Ma qui non trattasi dell'uomo; bensì della professione considerata in sè stessa, nella sua origine, e nei suoi mezzi. Ora, non puossi involgere nelle medesime categorie l'opera meccanica e l'opera dell'ingegno, l'arte esercitata per interesse e l'arte impiegata per attaccamento, i servigi prestati con una vile idea ed i servigi ispirati dall'amore della gloria, della patria e dell'umanità.

184. Discendiamo all'infimo grado della gerarchia, e portiamo la nostra attenzione su i servigi illiberali che vengono prestati mediante pagamento.

A detto Cicerone: « *Illiberales autem et* « *sordidi quaestus mercenariorum, omnium-* « *que, quorum operae, non artes, emuntur;* « *est enim illis ipsa merces auctoramentum* « *servitutis* (5). » « Si consideravano illiberali i guadagni de mercenari e di tutti gli operai, l'opera de' quali non già il talento è pagato. Il loro salario è simile al prezzo d'una servitù » Queste ultime espressioni sono molto aspre: il nome di servitù ferisce i nostri cuori, ed offende la verità. Ma, sostituite voi la parola locazione, e sarete nel vero stato di cose.

185. Ascendiamo ora d'un grado. Al disopra del lavorante alla giornata, il quale pel vostro danaro vi dà le sole sue braccia ed un'opera macchinale, voi rinvenite professioni che comportano maggior arte e maggiore intendimento. Ma ricercate il motore che le spinge ad agire: esse senza dubbio vi rendono servigio, in questo senso che vi procurano quello che non potreste senza di esse ottenere: ma non vi rendono obbligati se non se pel loro proprio interesse, non già pel vostro, e non vi obbligano se non per ciò che non possono diversamente obbligarsi (6). Donde segue che quando voi avete pagato i loro servigi, rimanete assolutamente sciolto da obbligazione verso di esse; imperciocchè non avete ricevuto verun beneficio che v'impegni con i nodi della gratitudine. Non esiste alcun beneficio quando esiste speculazione (7).

E perchè questi servigi ritraggono la loro completa ricompensa dal prezzo per lo quale sono stati prestati, egli è chiaro che appartengono al dominio della locazione. Essi ricevono un prezzo, così detto propriamente (*merces*), che compensa la cosa, e che fa del servigio una specie di mercanzia valutata a tariffa.

186. Ma andiamo anche più innanzi! Vi sono altri servigi i quali, facendo il bene di quello che li presta, ànno del pari in veduta il bene di colui che li riceve. Il facitore di tai servigi vien diviso fra due persone, fra me che rimango obbligato; ed esso di cui procura il vantaggio (8). Gl'invidierò gli utili della sua azione? No, sicuramente! Sarei, non solamente ingiusto, ma anche ingrato, qualora mi dispiacessi di quel bene che à ricavato da la mia persona sulla sua per quest'azione nella quale egli à avuto in mente di rendermi un favoro, di obbligarmi, e di associarmi a sè stesso (9). È un funesto errore il credere che il solo beneficio vero sia quello che spoglia interamente il datore (10). Vi son pure de' benefizi che c'impongono il dovere della riconoscenza, anche quando non sieno stati infruttuosi per colui che li à fatti: ed appunto sono quelli che, giusta poc'anzi si è detto, sono stati diretti dalla duplice intenzione di produrre il bene di amendue le parti. Io non confondo questi benefizi con le azioni di un egoista, il quale, simile affatto al mantenitore di armenti che ingrassa le sue gregge non già pel loro bene ma per venderle a maggior prezzo (11), non mi serve se non per

(1) Spirito delle leggi, lib. 13, cap. 20.

(2) *Politica*, l. 1, cap. 4, p. 65, della traduzione del mio dotto collega nell'Istituto signor Barthélemy Saint-Hilaire.

(3) *Qui liberales habendi* (De offic., l. 42).

(4) *Qui sordidi sunt* (*id.*).

(5) *De officiis*, l. 42.

(6) Seneca, *De beneficiis*, VI, 12: « *Totus ad se spectat, et nobis prodest quia aliter sibi prodesse* « *non potest.* »

(7) *A beneficio distat negotiatio.* (*Id.*)

(8) *Id qui dabat, duos intuens dederit, et inter me seque divideret* (*id.* VI, 13).

(9) Seneca (*loc. cit.*, 13): « *Licet id ipse ex majore parte possideat, si modo me in consortium ad-* « *misit, si duos cogitavit, ingratus sum, non solum injustus, nisi gaudeo hoc illi profuisse, quod pro-* « *derat mihi.* »

(10) *Summae malignitatis est, non vocare beneficium nisi quod dantem aliquo incommodo* affecit. Seneca (*loc. cit.*, n° 13).

(11) Eo loco mihi est, quo qui captivos suos, ut commodius vaeneant, pascit, et opimos boves saginat ac defricat.—Seneca (*loc. cit.*, n° 12).

servire sè stesso, e non altro vede in me se non un mezzo di speculazione. Se, rispetto a questo ultimo, può intervenire solamente un contratto di locazione fra esso e me per le operazioni che da lui ritraggo in pagandole, non ne è mica lo stesso riguardo all'altro la cui azione, vantaggiosa così ai suoi che ai miei interessi, non è stata straniera alla volontà di rendermi obbligato. Senza dubbio io lo pago, ed ei riceve la sua parte di utile. Perchè mai? è forse il benefizio che da me è pagato? Per niente; io lo compenso del suo lavoro e della perdita del suo tempo. Ov'ei non fosse stato animato da questo sentimento di benevolenza per me, sarebbe stato necessario dargli similmente l'indennità del suo incomodo. Ma sì fatta intenzione che à avuto di prestarmi servigio, e che si aggiunge al suo lavoro, rimane in fuori delle nostre pecuniarie convenzioni, e resta senza prezzo: il merito di tal servigio non ò stato tenuto a riguardo (1). Dunque un contratto di mandato è intervenuto fra noi; di mandato, noi diciamo! perciocchè tale contratto non attende affatto allo eguaglianza fra il fatto ed il prezzo: perciocchè esso richiede che sinvi in questo fatto qualche cosa di officioso come ivi si trova; perciocchè esso riserba alla riconoscenza ed alla gratitudine un luogo, cui la locazione non tiene in conto ne' suoi elementi interessati da una parte e dall'altra.

187. Abbiamo tolto da Seneca le suddette dissertazioni piene di giustezza sul merito dei servigi privati: e citando questo eccelso moralista, noi citiamo, per così dire, i giureconsulti romani che attinsero dai medesimi fonti la filosofia de' contratti. L'intima ragione della loro dottrina sulle differenze della locazione e del mandato ò copiata, quasi diremmo, sulla distinta gradazione sviluppata da Seneca con una sì grande conoscenza del cuore umano. La armonia fra la scienza filosofica e la giureprudenza non à giammai brillato d'una luce più viva di quel che sia sull'attuale questione. Seneca è quivi miglior interpetre di Cajo, di Paolo, di Papiniano, e di Ulpiano.

188. Sì fatta lega, la quale è evidente per tutt'i dotti giureconsulti, diverrà ancor più manifesta da taluni esempi.

Il pilota solca i mari per un prezzo che gli date; vi segna una strada, assicurata in mezzo ai flutti; e prevedendo la tempesta, mentre che tutti si dànno alla sicurezza, ei prepara le manovre che salveranno il vostro naviglio dai furori dell'uragano. Tale servigio è importante; e tuttavolta, perchè mai il prezzo stipulato vi libera verso colui da qualunque obbligazione (2)? Per ciò che non già per rendervi obbligato quel pilota si è incaricato di questa navigazione; per ciò ch'egli à trattato con voi nello stesso modo che avrebbe fatto con ogni altro che primo gli avesse offerte le medesime condizioni; per ciò ch'egli è mosso dalla sola idea di speculazione non mai da uno zelo officioso. Allora nessun sentimento di gratitudine vi liga a lui (3): il prezzo vi à sciolto intieramente da qualsiasi obbligazione civile e morale, e, per conseguenza, il contratto intervenuto fra quel pilota e voi non è altro che un contratto di locazione. A questo modo è qualificato espressamente da Ulpiano; e Seneca esprime la stessa cosa in termini meno scientifici, ma non meno espressivi.

Altro esempio:

189. Colui che prevede la ruina della mia casa e la restaura con arte, mi rende un servigio considerevole. Nulladimeno, il lavoro ch'ei mi fornisce per puntellarla mediante un prezzo costituirà una locazione. Seneca, dopo aver dimostrato come io gli sia debitore del suo salario e non di riconoscenza per un benefizio, si serve di questa espressione: *Pretio fultura conducitur* (4). Notate la parola, *conducitur*, la quale è caratteristica. Consultate poscia i libri del diritto romano, e la troverete in Paolo siccome in Seneca (5). Ora, perchè mai il giureconsulto colloca questo costruttore nella classe de' locatori di opere, se non è per la ragione, somministrata dal filosofo, che quegli à speculato sul bisogno ch'io aveva di lui, senza che nutrisse veruna intenzione benevola per me, e che il prezzo mi à fatto libero da obbligazioni?

190. Ma se usciamo da questo genere di operazioni di cui l'interesse è il solo motore, noi troviamo che vi sono taluni la professione dei quali riceve influenza da sentimenti più generosi e più nobili. E quando questi uomini ci rendono un servigio, noi loro dobbiamo qualche altra cosa oltre il danaro, e dopo averli pagati non rimanghiamo liberi da obbligazioni. Tali sono, per esempio, il medico e 'l precettore (6); imperciocchè (trascrivo Seneca) da medici e da precettori essi si trasformano in amici (7), e ci rendono obbligati meno per l'arte loro che per la benevolenza e l'attaccamento che pongono nell'esercitarla. L'uno si è commosso per me alla vista de' miei pericoli; à preveduto le crisi con inquietudine; si è associato ai miei mali: l'altro à ravvivate le mie natu-

(1) Seneca, *loc. cit.*, 15: *Itaque his non rei pretium, sed operae solvitur, quod deserviunt; quod a rebus suis avocati nobis vacant, mercedem non meriti, sed occupationis suae ferunt.*
(2) *Hinc tamen, tantae rei praemium, vectura persolvit* (Seneca, VI, 15)
(3) Seneca, *loc. cit.*, VI, 14, 15, 16
(4) *Loc. cit.*, 15.
(5) L. 22. § 2, D., *Loc. cond.* — *Junge* Javolen., l. 51, § 1, D., *Loc. cond.*
(6) *Medico et praeceptori plus quidquam debeo, nec adversus illos mercede defungor* (Seneca, lib. 6, c. 16).
(7) *In amicum transeunt* (*loc. cit.*, 16)

rali disposizioni; mi à incoraggiato, aiutato ed istruito con affezione. Sarei ingrato verso entrambi, qualora non professassi gratitudine per essi (1). Sarei ingrato, se credessi che questi uomini, la cui professione è quella di conservare o d'abbellire la nostra vita, sieno pagati abbastanza col danaro ch' io loro ò promesso(2). Se il prezzo della loro opera è stato da me pagato, io ad essi debbo sempre il prezzo del loro attaccamento e della loro affezione (3).

E bene! cosa farà la giureprudenza di questi uomini che il filosofo à cura di collocare sì altamente al disopra di colui che loca i suoi servigi? Si allontanerà essa da Seneca per assimilarli al muratore, al pilota, a quello che si affitta alla giornata, *in diem locanti?* Leggete la legge 1, D., *De extraord. cognit.*, desunta da Ulpiano: essa li innalza in una posizione incompatibile con la locazione di opera (4), e li caratterizza allo stesso modo che venivano caratterizzati da Seneca.

191. Ecco adunque il principio filosofico delle distinzioni fra la locazione ed il mandato salariato. Grozio (5), Noodt (6), Voet (7), ecc., ecc., tutti in somma sono d'accordo per stabilire queste distinzioni sulla base filosofica somministrata da Seneca.

192. Io intanto debbo dire che Saumaise, dotto di primo ordine ma per nulla giureconsulto, à scritto una dissertazione per tassarla di errore, sostenendo in un tempo stesso che Seneca è stato male inteso da loro, e che le leggi romane in materie di ricompensa non ànno nulla di comune con la teoria morale de' benefizi.

Ecco la sua argomentazione (8).

193. Primamente donde rilevasi nella legge 1, D., *De extraordinariis cognit.*, che Ulpiano si occupa di azioni considerate come benefizi? La questione ch' ei tratta è una questione di ricompensa di servigi; trattasi di onorari denegati da colui che li deve in forza di un contratto o dell' uso. Si sa che ai professori era dovuto un onorario, e questo ordinariamente era determinato in un modo generale con uno statuto delle città. Un cittadino ricusa di pagarlo. In qual modo potrà esservi costretto? Lo sarà con un' azione ordinaria? No! verrà tradotto straordinariamente dinanzi il presidente della provincia. La stessa procedura straordinaria verrà usata contro coloro i quali, mercè un contratto speciale, avessero pattuito di pagare una ricompensa al precettore o a colui che esercita una professione liberale, i servigi de' quali avevano essi locato (9). Ciò non è tutto, e vi erano anche molte professioni, l' onorario delle quali era determinato, non più da uno statuto ovvero da una convenzione, sì bene dalla consuetudine, siccome, per esempio, l'onorario dei medici. In tali casi aveva luogo la stessa cognizione straordinaria del presidente della provincia.

Ma, in tutte queste procedure delle quali si preoccupa il giureconsulto Ulpiano, cosa mai si vede? sempre un salario, un prezzo, una ricompensa, e non trovasi mai l' idea di un benefizio, e nè anco nulla di questa filosofica morale di Seneca (10). Che! si viene a parlarci di un medico che attende la riconoscenza di un benefizio per aver curato un ammalato che forse à ucciso? si tratta al certo di ciò! Gli è un medico mercenario, come son tutti oggigiorno, che pretende il prezzo delle sue visite (11). Il precettore di cui parla Ulpiano è egli quello che domanda soltanto gratitudine al suo discepolo perchè lo à istruito? No! è il prezzo della sua opera quello di cui egli fa istanza. Lo stesso è a dirsi di tutte le altre professioni enumerate dal giureconsulto. Si ànno sempre domande fondate su di una convenzione, su di una consuetudine, su di una legge, per servigi mercenari o valutati a tariffa (12).

194. È vero che Seneca, occupandosi affatto di mercenari, fa pur cadere la sua discussione sopra taluni atti che ànno l'impronta del carattere di benefizio, ed ai quali ei serba tal carattere, benchè coloro che li procurano si facciano dare un prezzo che sembra faccia degenerare la cosa in vendita o in locazione. Quale è mai la ragione allegata da Seneca per fare che nella loro azione non predomini la parte mercenaria? Si è che questa è accompagnata da circostanze tali, per effetto delle quali è pur dovuto, oltre il prezzo pattuito, qualche cosa alla persona per un eminente benefizio cui non potrebbe essere sufficientemente pagato col danaro.

(1) *Id.*, n° 16.

(2) *In optimis vero actibus quae vitam aut conservant aut excudant, qui nihil se plus existimat debere quam pepigit, ingratus est* (*id.*, n° 17).

(3) *Tam medico quam praeceptori pretium operae solvitur; animi debetur* (*id.*, n° 17, *in fine*).

(4) Mio com. della *Locazione*, l. 3, n.° 799.

(5) *Flor. sparsio.* ad Tit. *De extraord. cognit.*

(6) *Mandati.*

(7) Ad Pand., *De extraord. cognit.*

(8) *Observ. ad jus atticum et romanum*, c. 25, p. 539.

(9) *Ab iis qui operam eorum conduxerunt*, p. 540.

(10) *Ubicumque mercedis nomen auditur. Nullum est beneficii ibi intellectus, nec ea mens Senecae locis allegatis* (p. 540).

(11) « *Mercenarius medicus, ut olim omnes fuere, et nunc sunt, non pro sanato aegro, vel occiso, vicem beneficii expectat, sed mercedem operae et curae expetit.* »

(12) P. 541; *mercenariis professionibus et artibus.*

Ma si applica tale idea, necessariamente e di pieno diritto, alle due professioni delle quali più particolarmente tratta Seneca nella sua disputa? Si può dire, io tutt' i casi e di un modo assoluto: L'ammalato à ricevuto dal medico una cosa inestimabile, la salute; il discepolo à ricevuto dal maestro l'educazione e l'istruzione che son pure inestimabili; il prezzo non compensa affatto queste cose; esso non è altro che una indennizzazione dell' opera e del tempo? Niente di tutto ciò. E Seneca, ove si voglia attentamente osservarlo, ributta questo metodo di generalizzare. Ei dice in modo espresso: « Una convenzione à stabilito il prezzo; quegli « adunque che à ricevuto il servigio non è te« nuto a null' altro di più oltre quello per « cui si è obbligato. Vi pago ciò che mi avete « domandato, ed io rimango quietato. Debbo « forse a un venditore più del prezzo conventto (1)? »

195. E quello che esprime Seneca in termini sì precisi, evidentemente è considerato da Ulpiano per sottinteso ed accordato. In vero, donde mai si rileva che Ulpiano separa il lavoro dall'idea che à ispirato questo istesso lavoro? Donde mai si deduce ch' egli, dopo aver discorso del prezzo, porta la sua attenzione sul beneficio che deriva dalla guarigione e dall' istruzione (2)? Il giudice deve vedervi una sola cosa: il prezzo, e nulla più *Judex de illa tantum mercede extra ordinem cognoscit*.

196. Tanto è ciò vero, che Ulpiano, dopo aver parlato de' medici e de' professori ai quali pretendesi che debbinmo professare riconoscenza, passa a trattar di coloro che esercitano professioni evidentemente inferiori e mercenarie, quali sono, i *librari*, *notari*, *tabulari*, *a quibus*, prosegue Saumaise, *ultra operam nullum beneficium acceptum potest dici* (3). Son queste delle persone la cui opera vien pagata tutta prontamente, e che non posson essere allogate nella categoria di coloro i quali rendono benefizi.

La legge romana non dice adunque ciò che ad essa si fa dire; nè richiede un merito inestimabile al di là del prezzo.

197. Si vorrà forse argomentare dal passo di Seneca onde questo filosofo, proseguendo a parlar de' medici e de' professori e designando quelli che da medici e da professori si trasformano in amici, insegna che verso di essi non si rimane sciolto da obbligazione mercè un semplice e discreto onorario? Oh! io convengo per coloro! ma pur da ciò io conchiudo che non sia nulla dovuto, oltre il prezzo, a quelli che trattano il loro ammalato o il loro discepolo nello stesso modo con cui trattano un primo venuto, e non usano per l'uno o per l'altro delle sollecitudini singolari e più particolari di quelle che usano per altri loro ammalati o per altri loro allievi. Seneca inoltre ne fa positivamente la distinzione, e con ciò ci dinota il suo vero punto di veduta.

198. Del rimanente, non vi è bisogno di giungere sino alle professioni liberali de' medici e de' precettori per conoscere che devesi gratitudine a que' servigi la cui origine dipende dall' affezione. Se il mio servo mi accudisce con maggiore attaccamento di quel che se ne deve ad un padrone, non son io forse tenuto a professargli riconoscenza (4)?

Per qual motivo adunque, io quest' ultimo caso, il servitore non occupa un posto nelle enumerazioni di Ulpiano? Per una semplicissima ragione, la quale dispensa dal penetrare nelle distinzioni di questo sistema di filosofia, molto straniero alle leggi romane. Vi sono, per esse, due specie di professioni mercenarie (5): le une più onorevoli, come il professore di arti liberali e di altre arti ed uffizi che taluni testi specialmente assimilano alle arti liberali benchè tali non sieno precisamente; le altre, meno onorevoli, come i mestieri ed i lavori di mano. Quelli che esercitavano a Roma le professioni della prima specie avevano per lo pagamento del loro salario un mezzo straordinario dinanzi al pretore (6) o al presidente della provincia: il titolo del Digesto *De extraordinariis cognitionibus* stabilisce questo punto di diritto, ed accorda loro tal favore. Riguardo a quelli che esercitavano le altre professioni meno onorevoli, non era già il pretore o il presidente della provincia che conosceva *extra ordinem* delle questioni di salario elevate da coloro; ma essi erano soggetti alla giurisdizione degli edili (7). Una quantità di passi dell' istoria romana stabilisce che gli operai, le donne pubbliche, i mezzani della dissolutezza, le persone che tenevano bettole erano sottoposti alla giurisdizione dell' edile, tanto se fosse bisognato di astringerli ad eseguire le loro obbligazioni e di condannarli a qualche pena, quanto se si fosse trattato di far diritto alle loro domande.

Finalmente, al disopra di queste professioni, tutte mercenarie in diversi gradi, ve n' erano di quelle sì fattamente sacre che non era permes-

(1) P. 545.
(2) P. 543.
(3) P. 543.
(4) P. 546, 547.
(5) *Artium et professionum mercenariorum duo erant genera* (p. 547).
(6) Pothier crede, da un passo della satira 7 di Giovenale, che non il pretore, sì bene i tribuni erano competenti. (*De extr. cognit.*)
(7) P. 548.

so a coloro i quali l'esercitavano di reclamare in giudizio un salario che avrebbe diminuita la loro dignità; tali erano i filosofi ed i professori di diritto (1): solamente questi non erano mercenari; ma l'erano tutti gli altri, e non vedevasi benefizio in costoro.

Per ciò adunque il titolo del Digesto, nel quale è piaciuto scorgere un intero trattato di morale sul merito de' servigi e dei benefici, non risolve se non un oggetto di competenza. E non bisogna vedervi nient' altro.

199. Quest' argomentazione di Saumaise è una formale risposta a Grozio, cui quel critico eccelso prende per bersaglio ai suoi colpi. La quale valse a Saumaise una replica fatta da Désiré Heraldus (2), ove le ragioni sono accompagnate dalle ingiurie più violenti, giusta l'usanza degli eruditi di quell epoca (3). Lasciamo da banda le ingiurie, e discutiamo con calma le obbiezioni di Saumaise che noi vedremo dileguare.

Non mai, ei dice, l'idea d' un benefizio si è appresentato alla mente di Ulpiano, e tutta questa materia che va a ristringersi in un prezzo, è per ciò appunto straniera alla materia dei benefizi! Ma come mai l'immenso sapere di Saumaise à perduto di vista un celebre testo nel quale Ulpiano à precisamente posto e la parola e la cosa: *Non erediderunt veteres inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam* BENEFICII *loco praeberi, et id quod datur, ei ad remunerandum dari et inde honorarium appellari* (4)? Si tratta in questo testo di un agrimensore salariato, e questionasi di sapere se la sua mala fede nelle sue operazioni deve dar luogo ad un'azione derivante dalla locazione di opere. Che risponde Ulpiano? I nostri antenati àn collocato sì in alto la professione degli agrimensori, di questi rispettabili conservatori del diritto di proprietà, che non si saprebbe considerarli come locatori di opere: il loro ministero à piuttosto della natura del benefizio, ed è riconosciuto con un onorario non già con un pagamento.

Vi sono adunque talune professioni dedicate a certi servigi, l'impulsiva origine de' quali sta nella beneficenza; e sì fatta origine impulsiva è ciò che decide, in diritto, se que servigi si rapportino o pur no al contratto di locazione. Essi, quando la beneficenza è il loro principio, non ànno prezzo nel preciso senso che importa tale espressione, da che non pagasi affatto la beneficenza, ed in vece le si dimostra gratitudine mediante un onorario.

Saumaise è quindi nel più grande errore possibile, allorchè s' immagina che la questione di beneficenza non entri per nulla nella teoria che ci occupa: la quale, per l'opposto, è fondamentale ed essenziale: ed Ulpiano ciò addita fermalmente per quanto concerne gli agrimensori.

200. Quel che questo giureconsulto ci à detto di tale indicata classe sì rispettabile e sì riguardata, Seneca aveva dalla sua parte già insegnato per due altre professioni non meno onorevoli, quelle de' medici e de' professori; perciocchè, attaccandosi ad una obbiezione simile a quella di Saumaise, ei confuta coloro i quali sostengono che si rimane libero di obbligazione verso il medico o verso il professore dopo esser-i loro pagata qualche somma. Ei dimostra che il danaro non è altro se non l'indennizzazione del loro tempo, mentre che rimane al di là qualche cosa che sa di benefizio ed alla quale si debbe affetto e rispetto: *caritas et magna reverentia* (5). Il danaro è diretto alla loro fatica materiale, ma questo non li paga mica del loro merito: *mercedem non meriti, sed occupationis* (6). Non si rimane sciolto da obbligazione verso di essi mediante questa ricompensa: *nec adversus illos mercede defungor* (7). Ecco appunto il sistema esposto da Ulpiano per gli agrimensori; ed ecco il sistema istesso innalzato a regola dalla filosofia per i medici e per i professori. Ora, questo incontro di due grandi ingegni, se non è concertato, mi sembra concludente, precisamente per ciò che è fortuito: se poi, per l'opposto, è meditato, non è meno decisivo. L' assentimento di un Ulpiano non è cosa di poco momento.

201. Ma ciò non è tutto. Il diritto romano si è pure precipuamente occupato de' medici e de' professori. E sono essi posti nella stessa linea degli operai il cui lavoro costituisce locazione? Appunto il contrario! essa li separa con disposizioni speciali (8); li tratta al pari degli agrimensori; le loro ricompense sono illustrate del titolo di onorari (9); e queste non sono mica de' fitti (10). Perchè quel nome di onorari? Non ce ne è stata da Ulpiano già assegnata la ragione? Non è forse per effetto del benefizio che si rinviene ne' loro servigi? *Sed magis operam beneficii loco praeberi* (11).

(1) P. 518.
(2) *Animad. in Salmasii observ. ad jus atticum*, lib. 5, c. 20.
(3) Per esempio, Heraldus chiama Saumaise: « *homo ad maledicendum natus, homo arrogans*, ecc., ecc. »
(4) L. 1. D., *Si mensor.*
(5) *De benef.*, VI, 15.
(6) *Loc. cit.*
(7) VI, 16.
(8) L. 1, § 7, D., *De extraord. cognit.* (Ulp.). — L. 1, D., *De proxenet.* (Ulp.).
(9) Ulp., l. 1, D., *De extraord. cognit.*
(10) Arg. dalla legge 1, D., *De proxenet.*, e dalla legge 1, D., *Si mensor.*
(11) L. 1, D., *Si mensor.*

202. Diciamo adunque che la teoria del diritto romano è copiata interamente dalla teoria di Seneca, e che poggiano amendue sull' esistenza di un principio di beneficenza in quei fatti ch' esse vogliono valutare. Il quale principio, negato da Saumaise, deriva con evidenza dallo studio e dal confronto de' testi. Esso rischiara l'intero titolo del Digesto, *De extraordinariis cognitionibus*; e Saumaise non à capito bene nè questo titolo nè lo stesso Seneca.

203. Si esprimeranno forse doglianze su ciò che io, non contento di mostrare la leggerezza di Saumaise quando vuole interpetrare i giureconsulti, oso affermare che questo gran maestro in fatto di critica letteraria non à preso il vero punto di veduta del filosofo Seneca. Ma niuna cosa è intanto più certa, ed Heraldus glielo à provato (1). Saumaise non fa conto ad ogni passo delle proposizioni generali di Seneca, ad oggetto di far predominare parecchi tratti particolari e secondari della sua disamina tiene in maggior conto le obbiezioni che le soluzioni; e rovescia l'ordine delle idee del moralista romano. La tesi di Seneca è la seguente: È un ingrato colui il quale s' immagina di null'altro dovere oltre ciò che à pagato alle persone dedicate a quelle nobili professioni le quali ànno lo scopo di conservare o d'abbellire la nostra esistenza : *In optimis vero artibus quae vitam aut conservant aut excolunt, qui nihil se plus existimat debere quam pepigit, ingratus est* (2). Pagando il prezzo del fastidio, non si è a tutto adempiuto; chè rimane ancora il prezzo del cuore: *Pretium operae solvitur; animi debetur* (3). Questa è la tesi che Saumaise sviluppa con solidità e con la sua facondia sempre ingegnosa si viva e tanto eloquente.

204. Egli è vero che, scendendo in una severa analisi de' servigi renduti dal tale medico o dal tale precettore, Seneca richiede che questo debito del cuore sia meno grave, od anco che sparisca interamente, quando il medico cura senz' affetto il suo ammalato (4), e quando il precettore versa la scienza al suo discepolo senza imbarazzarsi se quest' ultimo sarà per ritrarne profitto (5). Ma sì fatti individuali mancamenti di uomini i quali sconoscono il genio liberale e filantropico della loro professione non alterano la verità del principio stabilito da Seneca. Le professioni dedicate al sollievo dell' umanità, alla conservazione della vita, ed al miglioramento della parte morale degli uomini, comandano a coloro che le esercitano attaccamento e zelo disinteressato: ora, le regole generali di filosofia e di morale debbono partire dalla supposizione che le operazioni dell' uomo sono in armonia col suo dovere. Vi à soltanto il capo delle eccezioni al quale sono rimandati i traviamenti.

205. Ma soprattutto sul diritto (in cui è tanto imperioso il bisogno di regole) si è spinto a generalizzare in una massa, senza molto imbarazzarsi di taluni fatti particolari. Voi ci dite che vi siano de'medici venduti al guadagno, e professioni mercenarie: noi sappiamo; e vedremo sino a qual punto converrà stabilire per queste una speciale posizione, quando si tratterà di determinare il carattere de'loro rapporti. Ma ciò che àvvi di sicuro si è questo, che le professioni del medico e del precettore, per loro propria natura, sono state istituite con vedute filantropiche; che esse, agli occhi del pubblico ed anche ai loro propri, ànno uno scopo generoso e più nobile dell' interesse; e che rimangono scompigliate nel loro spirito allorchè degenerano in pura industria. È bene! si è a tali caratteri che noi attendiamo per conciliare le loro azioni con i contratti di beneficenza, e per separarle dalla locazione la quale è contratto essenzialmente interessato. Noi siamo ligi allo spirito generale che di queste professioni essenzialmente liberali si à per tradizione, e le classifichiamo secondo le loro nobili tendenze. Noi felici, se per questo rispetto che ad esse addimostriamo e per questa stima di cui circondiamo quelli che le esercitano, potremo contribuire a conservare intatte le qualità che costituiscono il loro decoro!

206. Saumaise insiste e ci dice: Vedete inconseguenza! Poichè vi sembra il benefizio di tanto grande importanza, perchè mai non ponete nella stessa classe del medico, il semplice mercenario, il servitore, per esempio, che vi à servito con un particolare ed esemplare attaccamento? Forse non gli dovete gratitudine pel suo buon ufficio? E se dovete professargli riconoscenza, che si fa di tutte quelle classificazioni da voi fondate sulla morale de' benefizi?

Che si fa! esse rimangono quel che sono, perciocchè è insulso l' argomento di Saumaise.

Il mio servitore mi à servito con un attaccamento più assiduo e più fervente di quello che ordinariamente è usato dagli uomini di questa classe. Ma andategli a domandare se ei si contenta de'la mia riconoscenza? Scendete nel suo cuore, e vedete se attende una pecuniaria gratificazione, un supplemento di salario ovvero qualche cosa di simile, qual contrassegno della mia soddisfazione! Dunque non lo confondete con quello che, esercitando una professione liberale, altro non esige al di là del suo onorario

(1) *Loc. cit.*, n° 8.
(2) VI, 17.
(3) *Loc cit.*
(4) *Sine ullo affectu.*
(5) *In medium effunderet.*

se non se un sentimento di gratitudine ed attestati di stima.

Ma ciò non è tutto: quel servitore mercenario di cui parla Saumaise, e che si distingue per un zelo più affettuoso di quello che per solito ne mostrino i mercenari (1), sicuramente è locato da me di buon grado ed io non intendo diminuire nessuna di lui qualità. Ma, per ciò appunto ch' egli à fatto più di quello che ordinariamente vien fatto nella sua condizione (2), mi guardo bene di giudicare dai suoi servigi individuali del merito di questa stessa condizione. Poichè egli si è inalzato al disopra del suo stato, perciò adunque lo spirito del suo stato non richiedeva rigorosamente da lui quel soprappiù di zelo e di attaccamento, e questo medesimo soprappiù sì meritorio e sì degno di riconoscenza è in fuori del contratto che meco à stabilito. Ed allora non si può fare alcun paragone fra questa professione e le professioni liberali. Nella prima il d mostrare quello zelo e quell' attaccamento de' quali non si à obbligo, fa sì che taluno si distingua in bene; nelle seconde, l' astenersi da quei sentimenti di simpatia, da quegli sforzi di zelo i quali vi sono di regola invariabile e di dovere, fa sì che taluno si distingua in male.

E come il diritto misura le sue teoretiche classificazioni su i dati generali, deriva che, senza entrare nelle particolarità di merito o di demerito individuale, il diritto stesso rimane nella vera posizione allorchè conserva nel loro grado elevato le professioni liberali il cui spirito è uno spirito di beneficenza e di filantropia, mentre che ristringe in un rango inferiore quelle che per loro scopo diretto tendono soltanto all'interesse personale ed al guadagno.

207. Ora, in che modo Saumaise à potuto dare alle prime il nome di mercenarie, a motivo della ricompensa alla quale ànno esse diritto? Quale abuso di parole! Quale confusione d' idee! Quale dimenticanza de' nostri testi e della loro distinzione fra l' onorario ed il prezzo! Si sarebbe quasi tentato a credere con Heraldus ch' egli à voluto parlare il linguaggio dell' invidia e dell' invettiva, ove non s' ignorasse che quegli, letterato anzichè giureconsulto, à spesso immolato a meri sillogismi di grammatica le verità irrepugnabili nel diritto. Che ben si sappia! la nostra lingua è così fatta (ed in ciò à seguito le possibilità della lingua di Roma), che non senza un' espressione di dispregio e d' ingiuria si adopera il nome di fitti a quelle ricompense che non ànno niente di mercenario ed alle quali anzi un sentimento delicato che de' pregiudizi aristocratici ò dato la denominazione di onorari.

208. Saumaise non altro à voluto vedere nel titolo del Digesto, *De extraordinariis cognitionibus*, che un oggetto di competenza, e non una quistione di filosofia. Ma io quivi non riconosco il consueto buon senso di questo critico. Ed imprima, perchè mai non sarebbe una questione di competenza regolata con le ragioni filosofiche, come appunto ve ne sono nel merito di tutte le questioni di diritto? Da quando in qua gli studi del giureconsulto debbono fermarsi alla scorza de' fatti, e trasandare o dispregiare le alte ragioni che li schiariscono? Sì! vi à una questione di competenza e di procedura nel titolo del Digesto *De extraordinariis cognitionibus*: ma tale questione è gravida di molte altre, le quali non posson essere risolute se non mercè il soccorso della morale e della filosofia; ed i giureconsulti romani non se ne sono allontanati. La morale e la filosofia erano i mezzi della loro scienza; ed eglino li ànno posti in azione.

209. Per qual motivo egli era tanto importante determinare la giurisdizione dinanzi cui dovevano esser portate le contestazioni relative agli onorari? tra perchè gli onorari, anche quando erano stabiliti da una convenzione, non erano interamente soggetti, siccome il prezzo di una locazione, alla volontà delle parti; e perchè la dignità delle professioni liberali imponeva a quelli che le esercitano una giusta misura alla quale dovea ricondurli il potere del giudice quando se n'erano allontanati con eccessive stipulazioni. Il magistrato investito di questo potere discrezionale era il pretore o il presidente della provincia, che pronunziava esso *extra ordinem*, e secondo le circostanze, senza essere legato dalla convenzione, siccome sarebbe in materia di locazione. Ecco perchè Ulpiano investiga con tanta cura quali sieno le professioni che sono ammesse dal magistrato a questa straordinaria cognizione. Ecco perchè egli si occupa a distinguerle dalle professioni mercenarie, le quali non ànno nulla di letterario e di liberale. Cosa importa, dopo ciò, che nel numero ne sieno talune le quali àn perduto il lustro di che godevano a Roma? L' opinione è cambiata, io ne convengo. E, per esempio, non ci faremo ad assimilare, come fa Ulpiano, le nutrici agli avvocati, ai medici, ai professori (3). Se i Romani avevano le nutrici in sì grande onore, per quanto, agli occhi de la repubblica Francese, era tenuto lo straniero che avesse sostentato un vec-

(1) *Opera enixior*, dice Seneca (VI, 17).

(2) Ciò è formalmente riconosciuto da Saumaise, ed io prendo la questione tale quale da lui è stabilita. *Sed idem dici potest de servo mercenario, si* MINISTERIIS COMMUNIBUS *non contentus, plus quam dominum* VULGO SERVI SOLET, *me diligit.* (p. 546).

(3, L. 1. § ult., D., *De extraord. cognit.*

chio (essa lo gratificava del diritto di cittadinanza), il nostro moda di vedere non è più lo stesso a tal riguardo. Ma, per mezzo a queste modificazioni oelle distiozioni sociali, un principio è rimasto immutabile, e noi abbiam di essa arricchito il nastro diritto ; cioè : che, malgrado il materiale quantitativo di prezzo cui si potrebbe, dal punto di veduta economica, rapportare tutt' i servigi degli nomini, non è vero che in filosofia ed io morale esistano talune professioni le quali, avuta riguardo all'inteozione che regola l' adempimento delle loro opere, non son mica pagate coo uoa indeonità eguale al loro merito. Se l' atto esterno viene ricompensato con un onorario, si abbandona l'iotenzione al dominio della riconoscenza: àvvi adunque in questi servigi una parte gratuita. Ed è per questo verso ch' essi rannodansi al mandato, la natura del quale è di essere un ufficia, non già alla locaziane, l' essenza della quale è di essere un prezzo.

Da ciò, la oecessità d' investigare la qualità de' fatti che vengano riconosciuti con un onorario, e di quelli che vengono comperati con un prezzo. Quivi la morale è l' ousiliaria della giureprudenza : essa improota a questa la sua face.

La qualità de'fatti, oppena determinota, produce la distinzione del prezzo : questo prezzo è talora equivalente al servigia, siccame nella locaziane, talvolta assai inferiore, siccome nel mandato. Si vede che avevama ragione di affermare poc' anzi, che la qualità de' fatti e la natura del prezzo sono due circostanze che si uniscano coo iotimi nodi. Dalla quolità de' fatti si giudica della natura del prezzo; e dalla natura del prezzo si deduce in coochiusione il carattere del cootratto

210. Nell'applicazinoe di questa bella teoria, in cui il diritto si addimostra sì filosofico e sì morale, la cosa importante oon è già di cercare un rapporto di valore fra il servigio reoduta e la somma promessa. Un tale rapporto, calcolato siccome davrebb'essere sulla consueta tassa delle ricompense, sul prezzo o sull'anororio corrente, darebbe iosignificanti risultamenti, qualora lo si separa-se dalla qualità de' fatti e dal motore da cui questi fatti derivano. Quindi il panto principale in questa materia è soprattutto quello di perveoire ad una rigorosa estimazione della qualità de' fatti e del loro morale valore. In sì fatta valutazione si ricerca l' ioteoziooe, il seotimento di cortesia e di generosità, l' apinione dell' operante, l'opioione del pubblico, e più di tutto lo spirito della professione. Vi sono de' servigi che son da tutti estimati in un modo medesima, e sopra i quali nan è lecito dubitare. Si sa il come comportarsi, per esempio, su i servigi che vengono prestati da un artigiano, da un uomo lo cui tatale intelligenza è posta nelle sue mani. Da un'altra parte, chi mai contende l' eccellenza inestimabile di talune professioni, scopo delle quali è quella d' istruir l' nomo, di renderlo migliare, di consecrarsi alla sua conservazione? Fra questi due gradi vi sono altre professioni le quali si manifestano con minori inferiorità avvero con minore spleodore. Talvolta si è stato dubbioso su quello che di esse dovesse farsi; ed i giureconsulti si son divisi fra il mandato e la locazione. Mo gli usi sono terminata di far cessare queste incertezze. La pubblica apinione, sovrana in tali materie (1), ed ajutata dalla distinziane delle professioni letterarie e di quelle meccaniche (2), e delle professioni liberali e di quelle puramente mercantili, à decretati i gradi ; per modo che, nelle materie civili vi sono pochissimi usi ne'quali potesse la quistione presentarsi con qualche dubbi. Scorriamo, in fatti, le professioni che non ànno che fare col commercio.

211. Abbiamo discorso in altro luogo del professore che si dà ad un insegnameuto (3); e pac' anzi ne abbiamo detto qualche cosa con Seneca. E egli necessario di rammentare l' ottima influenza del professore sulla gioventù, e per cooseguenza sulla prosperità dello patria (4)? Egli è quello che schiude l' iotelligenza e forma il cuore de' fanciulli, che prodiga lara le sollecitudini e la sorveglianza di un padre, che conservo la continenza della loro anima, e che prepara de' cittadini allo Stato.

« *Exigite ut mores teneros. ceu pollice ducat,*
« *Ut si quis cera vultum facit : exigite ut sit,*
« *Et pater ipsius caetus, ne turpia ludant,*
« *Ne faciant vicibus* (5).

Ora, quegli che compie tale missinne non si lodo mai abbastanza : ei pracura de' servigi che l' affezione e l' attaccamenta rendono pressochè tanta inestimabili per quanta son le cure paterne. Io so che sant' Agostino, io un momeoto di calore ascetico, si accusa esso stesso di avere cupidamente venduto a talmi discepoli l' arte della rettorica (6). Questo è il linguaggio dell' eroe cristiano che si rimprovera came uo peccato tutta ciò che si scosta dalla perfezione ; ma questo istesso linguaggio oou

(1) *Tantum valet usus*, dice Noodt (*Loc. cond.*).
(2) Ulp. L. 1, § 7, D., *De extraord. cognit.*
(3) Mio com. della *Locazione*, t. 3, n° 798.
(4) Cicer., *Off.*, 1, 46.
(5) Giovenale, satir. 7. *in fine.*
(6) « *Docebam in illis annis artem rhetoricam, et victoriosam loquacitatem*, VICTUS CUPIDITATE, VENDEBAM (*Confess.*, IV, 2).

è quello del mondo è delle mezzane virtù. Si è per ciò che Ulpiano, lungi di rinviare i professori all'azione *locati* per conseguire il pagamento de' loro onorari, assegna ad essi l'azione straordinaria dinanzi il presidente della provincia, distinguendoli positivamente dagli operai artigiani ed altri, il lavoro de' quali costituisce locazione (1). Nel loro numero, Ulpiano comprende i retori, i grammatici, i geometri, ecc.; tutti son posti in fuori di un contratto di locazione; imperciocchè ciò sarebbe lo stesso che avvilire la condizione di quegli uomini i quali si consacrano, con maggiore zelo che lucro, alla nobile causa degli studi (2).

212. Si deve quindi rimaner sorpreso in vedere che il Dizionario del registro (3) qualifica di locazione di opera l'atto col quale un padre di famiglia si obbliga pagare durante dieci anni 1300 franchi di annui onorari ad un precettore per l'educazione del proprio figliuolo; o pure, la convenzione con la quale un Comune commette ad un istitutore la direzione della sua scuola (4). Tali contratti sono veri mandati soggetti solamente al diritto fisso(5). La sterilità del fisco non può togliere a queste funzioni il carattere distintivo ch'esse prendono da un mobile più filantropico e più disinteressato di quel che sia il motore della locazione.

213. Ulpiano va anco assai più oltre riguardo ai professori di filosofia ed a quelli di diritto. I quali, essendo gli organi della sapienza morale e civile, non debbono addimostrarsi infidi alla loro sublime missione con la preoccupazione di un lucro incompatibile con le cose sante. Ricevere l'onorario che loro è offerto spontaneamente, essi possono senza mancare alla loro dignità; ma domandarlo in giudizio, non mai. Vi sono delle cose che posson essere ricevute onestamente, e che non possono esser richieste se non se con disonore (6).

214. Cujacio, riportandosi appunto a questo stoico rigore, e supponendo una convenzione ripassata fra il professore di diritto e i suoi discepoli per l'interesse delle sue lezioni, ravvisa in sì fatta convenzione una locazione di opere (7). A Roma, il maestro non avrebbe potuto essere altrimenti qualificato; e 'l professore, facendo mancamento a sè stesso, sarebbe stato spogliato del carattere dovuto alla sua funzione ed abbassato al livello dell' istitutore d' uno schiavo (8), o pure di un artigiano che, per un prezzo, insegna il suo mestiere ad un garzone di bottega (9).

Una tale possibilità è eccessiva, secondo i nostri usi. Il professore di filosofia e 'l professore di diritto, ad onta della sublimità della scienza che insegnano, non sono considerati aver derogato alla loro dignità da che ànno stipulato la discreta ricompensa del loro fastidio. Se certi ingrati la contendono ad essi, noi non vogliamo che l' ingiustizia di tali rifiuti sia soltanto diffamata dalle satire di un Giovenale (10); ma vogliamo eziandio che la giustizia apra il suo santuario per accogliere le doglianze del maestro. I *minervalia* non possono umiliarlo; e questi non sono altro per lui che una indennizzazione per la perdita del suo tempo: ma lo pagano forse del suo attaccamento e dell' idea filantropica da cui ei debb' essere animato?

215. L' avvocato è come il professore: riceve un onorario (11), non già un prezzo: agisce per effetto d' un sentimento officioso:

« . . . . *Civilia praestant*
« *Officia* (12). »

E sarebbe lo stesso che sconoscere la dignità di questa professione, la quale è pressochè tanto eminente quanto è la magistratura, il sottoporla ai principî di eguaglianza commutativa ed interessata che sostengono la locazione (13). Credesi, in fatti, che la sola speranza di una ricompensa (forse di poco conto) sia quella che stimoli l'avvocato alle penose veglie, a quelle arringhe nelle quali, pallido, agitato (14), pieno d'emozione, e molle di sudore, sposando con tutta la sua anima e con tutta la sua passione la causa del suo cliente, ei contende a formidabili avversari la vita o le ricchezze di quest' uo-

(1) L. 1, § 1, combinato col § 7, D., *De ext. cognit.*
(2) *Studiorum causam agant.* Ulp., l. 1, § 1, D., *De extraord. cognit.*
(3) V° *Affitto*, n° 11.
(4) V° *Contratto* n° 47.
(5) Championnière e Rigaud, t. 2, n° 1485.
(6) Est quidem res sanctissima, civilis sapientia; sed quae pretio nummario non sit aestimanda, nec dehonestanda. Dum in judicio honor petitur, qui in ingressu sacramenti offerri debuit. Quaedam enim honeste accipiuntur, inhoneste tamen petuntur. (Ulp., l. 1, § 5, D., *De extraord. cognit.*)
(7) *Observ.*, lib. 2. c. 28. — Mio com. della *Locazione*, t. 1, n° 64, e t. 3, n° 798.
(8) Ulp., l. 13, § 3, D., *Loc. cond.*
(9) Ulp., l. 13, § 4 D., *Loc. cond.* — L. 5, § 7, D., *Ad leg. Aquil.*
(10) V. la sua satira 7.
(11) Ulp., l. 1, § 10 e 12, D., *De ext. cognit.* — Paolo, l. 38, D., *Loc. cond.*
(12) Giovenale, satira 7.
(13) Bartolo sulla legge 1, D., *Si mensor*: *Inter advocatum et clientulum non potest dici locatio.* Sì fatta verità è confermata dalla legge 1, § 10 e 12, D., *De ext. cognit.*
(14) « *Surgis, tu, pallidus Ajax, dicturus dubia pro libertate.* » (Juv., loc. cit.)

mo che gli à fidato la sua sorte? La satira à sovente parlato de'venduti accanimenti del foro(1): l' esperienza à fatto aache conoscere degli avvocati i quali àn preferito alla gloria le spoglie de' loro clieati (2), ed ànno vergognosamente venduto il loro ministero alle parti obbligate di comperarlo (3). « Tu, Cipero, che fosti fornajo « per luago tempo, tu piatisci per guadagna- « re dugeatomila sesterzi ; tu, Cipero, aon ài » abbandonato il tuo mestiere, chè fai ancora « del pane e fai pur la fariaa (4). » Ma l'esempio di pochi indegni noa deve far ridoadare cosa alcuna di disfavorevole sullo spirito di una professione la quale comanda sentimenti bea diversi ai suoi seguaci.

Io senso Cujacio per aver parlato male di taluni avvocati del suo tempo, ciarlieri e rapaci legulei, i quali avevano ferita la sua sensibilità, e che ne veaivaao piagati dalle sue inginrie. Le loro provocazioni inconsideratamente fatte al suo genio, il loro dispregio della scienza, la loro verbosa e venale loquacità, avevano irritato quell' aaima iucitata da una nobile sienrezza di sè stesso e da un nobile amore pel diritto (5). Nulladimeno, non generalizziamo questi rimproveri ; dispregiamo coloro che son degni di dispregio ; ma oaoriamo la professione, perciocchè essa è grande, generosa, libera, disinteressata. La quale, permettendo affatto all' avvocato di non trascurare i bisogni della vita, gli ordina, prima di tutto, di assumere coa attaccamento la difesa del suo cliente. Per la qual cosa, se il critico scopre degli avvocati degni di una nuova legge Cincia, la verità ne conosce un maggior nuaiero che sono pe' loro elienti de' consolatori, degli amici, de' protettori pieni di simpatia. I primi oltraggiano il loro stato : i secondi sono in armonia con i precetti di quest'ammirabile professione la quale schiude al debole ed all' oppresso que' tesori del cuore che tutt' i tesori della terra non possono pareggiare (6).

216. I procuratori *ad lites*, predecessori dei nostri patrocinatori, non ànno sempre goduto della stessa distinzione che godevano gli avvocati. Molti interpetri li ànno da graa tempo posto al grado de' locatori di opere (7), a motivo delle loro spese; e bisogna confessare che molti avvocati, infatuiti d' una esagerata superiorità su questi utili ausiliari della giustizia, maatenevano qaesto dispiacevole pregiudizio, *ad onta della pretesa affratellanza* (8). Forse la rapacità di taluni procuratori, dinotata da Cujacio (9), avea pur contribuito a far colpire la intera classe di questo discredito. Ma iadi a tanto, essendosi purgati i costumi, ed essendo le abitudini divenute più disciplinate e più gravi, si fiaì per giudicare con minore severità dello spirito di questa professioae. Gli onorari de' procuratori cessarono d' essere risguardati siccome un fitto, e furoao, con ragione, assimilati alle ricompense delle professioni liberali (10). Non v' à alcuno che più dubiti oggigiorno sugli onorari de' patrocinatori (11).

217. I notari sono parimente maadatari e non locatori di opere (12); giacchè esercitano una professioae liberale(13). Essi, depositari dei titoli delle parti, custodi de' loro più intimi secreti, coasiglieri delle famiglie, prestano dei servigi ae' quali la fiducia da una parte, l'attaccamento e l' amicizia dall' altra, occupano un gran posto. Il sig. Merlin li vendicò ael 27 geanaio 1812 in una solida arringa, dall'ingiustizia che volevasi far loro di compararli ai *locatores operarum* (14). Un arresto emesso a mio rapporto, nel 24 giugno 1840, qualifica in

(1) V. mio com. della *Locazione*, t. 3, n° 792. — *Hic clamosi rabiosa fori jurgia vendens improbus, iras et verba locat.* — (Seneca, *Hercul. furens*, at. 1, v. 172.) — In qualche luogo à detto Tertulliano: *mercenariam advocationem.* La Bruyere non liscia gli avvocati (sulle *cause*): e Voltaire! « Un avvocato è un uomo che....., essendo matricolato, à *il diritto di litigare per danaro, se à la forza di contendere.* »

(2) Plinio. 5, *epistol.* 14: *Gloriae loco, poni ex spoliis civium magnos reditus.*

(3) *Venire advocationes et emi.* — (Plinio, 5, *epistol.* 21.)

(4) « *Pistor, qui fueras, diu, Cipere,*
Nunc agis causas, et ducena quaeris,
E pistore, Cipere, non recedis;
At panem facis, et facis farinam. » Marziale, VIII, 16.

(5) Mio com. della *Locazione*, t. 3, n° 793.

(6) Allorchè la ragione, dice Voltaire, à ripreso col tempo i suoi diritti, l' uomo à ripreso i suoi. Molti avvocati francesi si son fatti meritevoli d' essere senatori romani. Perchè mai son divenuti disinteressati e patriotti col farsi o'oqueoti ? Si è pel motivo che le belle azioni sublimano l' animo ; e la coltura dello spirito in qualsiasi genere nobilita il cuore. (*Diz. filosof.*)

(7) Coquille, quest. 197, dalla maggior parte degli aotichi giureconsulti.

(8) Brillon, v° *Salaria*, n° 3.

(9) Sulla legge 7, D., *Mandati*. Lib. 3 *Resp. Papin.*: *Non loquor de procuratoribus* HUJUS TEMPORIS, *rapacissimo hominum genere.*

(10) Pothier, n° 125. — Mio com. della *Locazione*, t. 3, n° 803.

(11) Championnière e Rigaud, t. 2, n.° 1843.

(12) Arresto della Corte di cassazione del 27 gennaro 1812. Cassaz., Merlin, Repert., v° *Natara*, § 6, n° 4. Mio com. della *Locazione*, t. 3, n° 804. Devill., 4, 1, 15.

(13) Ulp., l. 1, § 6, D., *De extraord. cognit.*

(14) *Junge* arresto della Corte di cassazione del 26 giugno 1829 (Devill., 6, 1, 261). — 15 novembre 1820 (Dev., 6, 1, 326). — 10 novembre 1828 (Dev., 9, 1, 178). — 20 maggio 1829 (Dev., 9, 1, 205). — Riom, 8 dicembre 1838 (Devill., 39, 2, 419).

modo espresso il notaro di *mandatario delle parti per ricevere le loro disposizioni* (1).

218. Che diremo dell' usciere? Si fa più delicata la questione; da che quest' ufficio è il meno nobile di quelli che si raoondaoo all'amministrazione della giustizia. Ciò non ostante, la qualità di latore di poteri e di esecutore di giudicati li riveste di un pubblico carattere che si dà soltanto alla fiducia e che colloca il loro ministero al disopra di quello del *locator operarum* (2). Questa fiducia è tanto grande, che i loro atti fanno fede per tutto ciò che concerne il loro ministero. La loro persona è protetta siccome uno rappresentazione dello stesso pubblico potere. In fine essi non sono padroni di dare ai loro atti un prezzo che può contendersi, come è appunto nella locazione; ma ricevono soltanto il salario determinato dalla legge a titolo d' indennità.

219. Eguale alla dignità del foro è quella della medicina. La vita dell' uomo è affidata alle sue cure (3). Il medico gli deve le sue fatiche e le sue veglie; gli deve ancora il suo attaccamento e la sua carità (4). L'onorario noo è l'unica molla che lo spinge a levarsi nella notte a qualunque ora ed a volare in soccorso dell'ammalato. Accorchè gli mancasse questa ricompensa, il dovere della sua professione, e non la spilorceria, gli griderebbe:

« *Debout! . . . . , il est temps de marcher* (5). »

Su, su, levati . . . . . è tempo di andare.

Il medico, ancor più dell' avvocato, è ammesso nell' interno del domestico focolare; ci viene a sedervisi quale amico, a portarvi la speranza (6), ed a dividere le gioje ed i dolori. La gratitudine che l' avvocato conquista con le splendide arringhe del foro, è guadagnata dal medico nelle intime relazioni della vita privata, mercè le sue attente premure e le sue affettuose sollecitudini. Delineando questo quadro fo forse una critica; ma io ricerco il carattere della professione e non i mancamenti degl' individui. Ora, la professione, presa nello spirito della sua istituzione e della sua disciplina, è filantropica e disinteressata. Dunque ripugna alla locazione, e severamente condanna quelli che la disonorano con usi mercenarî.

220. Il prete contrae forse un mandato ovvero una locazione di opere coo l' obbligo che sosc rive di adempiere le funzioni del suo ministero mediante un'annua retribuzione? Si à vergogna di dire che il consiglio delle finanze, con decisione fiscale del 22 settembre 1729, ordinò la percezione del diritto sul prezzo (*droit de marché*) di una tale obbligazione (7). Mi meraviglio davvero dei signori finanzieri i quali credono che il pane degli uomini paghi e compensi il pane del Verbo divino! Come! Al di là di questa miserabile elemosina che il prete assicura pe' suoi bisogni, il loro cuore inaridito non vede tutto quello che àvvi d'inestimabile nella religiosa missione ch' egli adempie a forza di abnegazione di carità e di devozione. E' da quando il sacerdozio à cessato d' essere una funzione gratuita, quantunque sieno attribuiti degli onorari o delle obblazioni ai suoi santi e penosi uffici (8)? Il prete vive dell'altare, à detto san Paolo; ma ei vive ancor più di fede e di carità (9).

221. L' *agrimensor* godeva presso i Romani della stessa considerazione che godeva l'augure cui egli era succeduto per le sacre operazioni dei limiti ne' campi (10). Per la qual cosa, il salario degli *agrimensores*, decorato del titolo di onorario, era dichiarato da Ulpiano come quello che non aveva nulla di comune con la locazione di opera (11). Oggidì l' agrimensura à perduto molto di quel lustro che ad essa derivava dalle idee religiose collegate alla costituzione della romana proprietà. Vuolo intanto Merlin che l'agrimensore sia piuttosto un mandatario che un *locator operarum*, e trasporta nel diritto moderno il testo di Ulpiano (12). Questo è lo stesso che dare un'interpetrazione stiracchiata alle cose, ed argomentare *a pari* di quelle che non sooo più simili. L' agrimeosore non è

(1) Dev., 40, 1, 503. — *Junge* Championnière, t. 2, n° 1842.

(2) Championnière e Rigaud., t. 2. n° 1843.

(3) Ulp., l. 1, § 1, D., *De extraord. cognit.*: *Salutis hominum curam agunt.*

(4) *Supra*, le parole di Seneca.

(5) Boileau, satira 8.

(6) *Non cito spem projicere, nec cito mortifera signa pronuntiare*, dice Seneca discorrendo de' doveri dei medici. (*De clementia*, lib. 1, c. 17.)

(7) Championnière e Rigaud, t. 2, n° 1847.

(8) Argomento dagli articoli organici del concordato.—V. Durand de Maillane, v° *Officiale*, § *Onorari*, donde si rileva che il giudice del tribunale ecclesiastico può pretendere lo retribuisse il vescovo, *ut commode possit sustentari*; e v° *Predicatore*, p. 436, donde vedesi che compete ad un predicatore azione dinanzi il giudice civile pei suoi onorari. — L' ordinanza di Blois (art. 51) conserva agli ecclesiastici il diritto delle obblazioni; ed un regolamento dell' arcivescovo di Parigi, del 30 maggio 1693, omologato dal parlamento nel 10 giugno dello stesso anno per essere eseguito nella sua forma e tenore, regola gli onorari de' piovani per bandi, promesso di matrimonio, matrimonî, ecc.

(9) Mio com. della *Locazione*, t. 3, n° 807.

(10) Mio com. della *Locazione*, t. 3, n° 797; Giraud, *Del diritto di proprietà*, t. 1, p. 123 a 131.

(11) L. 1, D., *Si mensor falsum*. — Noodt sopra questo titolo. — Cujacio, 4, *observ.* 18. — G. Gotofredo, C. Teod. *De tirombus*, lib. 7, t. 13.

(12) Repert., v° *Notaro*, § 6, n° 4. — *Junge* Championnière e Rigaud, t. 2, n° 1487.

mica di un grado più nobile dell' architetto. E poichè quest' ultimo è un *locator operarum*, perchè tale non è pure il primo (1)? Io sono adunque indotto a non disapprovare affatto, siccome fanno i sigg. Championnière e Rigaud(2), una decisione dell' amministrazione del registro del 10 settembre 1817, la quale à fatto riscuotere il diritto sul prezzo (*droit de marché*) di una convenzione ripassata per l' agrimensura di un Comune fra un geometra appaltatore del catasto, ed i suoi collaboratori.

222. L'opinione sulla quale sono appoggiate le nostre indagini è spesso assai variabile, senza che per ciò sia capricciosa. I Romani, tanto pieni di riguardo per l'agrimensura, avevano a sdegno le mani che esercitavano l'arte della pittura (3). Ma non ne era lo stesso nella patria di Parrasio e di Apelle. La pittura era un'arte stimata, coltivata dagli uomini del più alto rango, ed interdetta agli schiavi (4). Ciò non ostante, la Grecia, quantunque ricompensasse largamente le opere de' pittori (5), aveva maggiore stima per un Polignoto, il quale dipinse gratuitamente il tempio di Delfo ed il portico di Atene, che non avesse per un Micone, il quale facevasi pagare (6). Quanto a Roma, sì fatte distinzioni parevano troppo sottili ai suoi pregiudizi; ed ogni sorta di pittura, anche quella ispirata dall'amore disinteressato per le belle arti, sembravaad essa poco degna di un cittadino (7). Allorchè il lusso s' introdusse in Italia, si consentì pagare a caro prezzo un' arte che soddisfaceva i piaceri e la vanità; ma questa fu arricchita senza che fosse stata stimata. Per la qual cosa Plinio, nel suo linguaggio che a suo malgrado è altiero e disdegnoso, dà il nome di locazione ad una convenzione che il pittore Nicomaco avea fatta col tiranno di Sicione per dipingere entro un certo termine il monumento del poeta Telesto (8): e nel Digesto si rinvengono de' testi i quali dimostrano che questa denominazione può non essere insignificante (9).

No' nostri usi, sarebbe difficil cosa di adottare questo sentimento in un modo assoluto: noi collochiamo, in generale, le opere del pittore, dello scultore, dell' incisore, e del compositore di musica, in fuori e al disopra delle speculazioni mercantili; e ne fa fede l'articolo 29 della legge del 1° brumale anno VII, che esentò i pittori, gli scultori e gl' incisori dall' imposizione della patente (10). Con tutto ciò, quel pittore che disonorasse la sua arte con opere oscene o satiriche (11) non potrebbe aver posto fra gli artisti, i lavori de'quali costituiscono un benefizio per la civilizzazione. Ma quegli che viene ispirato più dall' amore della rinomanza che dal desiderio del guadagno, che tende alla perfezione della sua arte con la meditazione e con gli studi (12), che parla all'immaginazione ed al cuore con gl'illustri fatti della storia, con le umane passioni, con le rimembranze di famiglie, quegli non è mica un artista che trova nel danaro l'estimazione delle sue opere e delle sue veglie. *Non ad aes exit* (13). Fa d' uopo un saldo al suo onorario; e questo saldo è la gratitudine, è la pubblica estimazione, è talvolta la gloria. I nostri re, per esempio, dopo avere convenevolmente assicurata la fortuna de' grandi artisti i talenti de' quali impiegavano, aggiungevano alle liberalità la loro affezione e la loro familiarità. Mi piace questa delicata cortesia; essa non misura il genio a prezzo del denaro, e dà un generoso supplemento che accende l' artista mentre che attesta il senso squisito del monarca. Io ignoro ciò che la lista civile à dato per onorari a Rossini quando gli commise, per la consacrazione di Carlo X, una bell' opera che poi è divenuta *il Conte Ory*. Ma questo è ciò che so, che non vi è oro sufficiente a pagare il diletto che procurano sì fatti capilavori.

223. Ne abbiamo detto abbastanza per dimostrare da quali idee è necessario trarre la distinzione del mandato e della locazione in ciò che risguarda le materie civili. Noi crediamo d' essere rimasti fedeli all' idea del Cod. civ. e di tutta la giureprudenza francese. Sappiamo che talune legislazioni straniere ànno avuto a sdegno queste delicate gradazioni. Il codice austriaco, per esempio, pone gli avvocati, i medici, gli artisti nella classe de' locatori di opere, del pari che tutti quelli i quali ànno pattuito de' salari o ricompense (14). Compatiamo il legislatore austriaco di esser caduto in tale confusione, e

(1) Dello stesso avviso è Huberus, sul titolo *Si mensor*.
(2) *Loc. cit.*
(3) Plinio, lib. 35, n° 7, 4: *Postea non est spectata honestis manibus.*
(4) Plinio, lib. 35, n° 36.
(5) *Id.*, lib. 35, n° 40.
(6) *Id.*, lib. 35, n° 35, 9.
(7) Dice Valerio Massimo che Fabius Pictor, facendo opere di pittura, erasi addato ad un' arte molto al di sotto delle sua nascita: « *Sordido studio deditum ingenium.* » VIII, 14, 6.
(8) *Tradunt namque conduxisse pingendum*, lib. 35, n° 36.
(9) Ulp., 1, 5, § 2, D., *De praescript. verb.*
(10) Championnière e Rigaud, t. 2, n° 1486.
(11) Pothier, *Locazione*, n° 306.
(12) *Sine quibus* (dice Plinio parlando del pittore Panfilio) *artem perfici non potest*. Lib. 35, n° 36 (ediz. Panck., t. 20, p. 12).
(13) Espressioni di Seneca (lettera 88), che io uso contro lui stesso.
(14) Art. 1163 del Codice austriaco. V. de Saint-Joseph, p. 94.

ci rallegriamo di vivere soggetti ad una legislazione più sensibile alle generose molle e più atta a conservare in talune professioni i doveri di disinteresse e di onore.

Noi adunque ci fissiamo con una giusta preferenza al nostro diritto civile, il quale essendo un riflesso de' nobili sentimenti e de' delicati costumi, à stabilita una differenza gerarchica fra la locazione ed il mandato, e risguarda il mandato come più nobile (1) della locazione di servigi.

224. Ma, si dirà, molte persone che credete collocare in fuori della locazione non sono mica ritrose a vendere le opere del loro talento: un pittore vende il suo quadro; un autore vende il suo libro. Ora, se l' opera può esser venduta senza disonore pel venditore, per qual motivo il talento non potrebbe mediante locazione obbligarsi a produrla, senza per nulla diminuire la sua stima? Non appena che ammettete potersi, nel caso di vendita d' una produzione della mente, mettere un prezzo al talento, al genio, a tutto ciò che vi esiste di più inestimabile, voi mancate di logica se escludete dalla locazione il prezzo di queste cose. Riconoscete quindi che la locazione può colpire i fatti ed i servigi ai quali volete assegnare, nel mandato, un luogo che non è giustificato da nessuna cosa, e finite di conservare delle onorifiche distinzioni fondate sopra vani pregiudizi.

225. Questa obbiezione suppone fra la vendita di un corpo certo, e la locazione di servigi personali, una parità che non esiste affatto. Allor quando un autore vende il suo libro, ei non altro comprende in quest' atto di commercio civile che il valor venale d' un corpo certo, d'un oggetto materiale che à il suo prezzo corrente. Questa produzione della mente sia pur anche ispirata dal genio più sublime, possa portare al più alto grado il marchio della perfezione, non è meno per ciò un corpo certo, dato al commercio, e valutabile in danaro al modo stesso d' un mobile più spregevole. Ma non affermate che l'autore abbia venduta la sua penna ed il suo genio! Non confondete l'effetto con la causa, la cosa creata con la potenza creatrice. La causa rimane nella pienezza della sua libertà e della sua indipendenza: il contratto di vendita della cosa prodotta non à nè obbligata nè tocca la virtù creatrice.

Ma non ravvisate voi la differenza nella locazione di servigi? Qual è la materia di questo contratto? non è forse la potenza creatrice dell' uomo stesso la quale si obbliga a creare? non è forse la sua personale attività, obbligata a fare siccome causa la cosa pattuita, e messa al servigio di un altro in ciò che à di più libero, mediante una stipulazione che ristringe la sua indipendenza? Ora, quando trattasi, non più di un mobile corporeo e di un oggetto certo che è messo nella circolazione, si bene dell' umana personalità, vi sono delle distinzioni a fare e delle gradazioni ad osservare. Questa umana personalità, capace di sì grandi cose e di sì miserabili, ispirata assai diversamente dalle nobili passioni e dalle vili, dominata or dall' intelligenza, ora dalla fisica natura, bisogna sia giudicata con idee diverse da quelle con le quali si giudica la materia inanimata. Non esistono cose materiali che non sieno valutabili; la perla di Cleopatra ed il dinmante del Reggente possono essere oggetti di apprezzamento come il diluvio di Poussin ed i sei volumi di Racine. Ma, riguardo all'umana personalità, se potete assegnare ad essa un valore allorchè si esercita in lavori volgari ne' quali la mano non è guidata dall' ingegno, avete voi il diritto di dire ciò ch'essa vale quando, tocca da una scintilla divina, vi dà quello che Iddio le à conferito di simpatia, di affezione e di amore per la patria, per la civilizzazione e per l'umanità? Noi non avete affatto tal diritto; ed ecco appunto il motivo per cui non vogliamo che la locazione, la quale apprezza cosa per cosa il servigio col danaro, lasci ad un contratto più nobile, per ciò che è più disinteressato, al contratto di mandato, que' fatti dell' uomo che sfuggono da una valutazione mercantevole.

226. Del rimanente, sì fatta distinzione non è puramente onorifica e nominale: essa produce conseguenze giudiziarie di moltissima considerazione.

Così, per esempio, quando il mandato è fatto da più mandanti, per un affare comune, ciascun di questi è tenuto solidalmente verso il mandatario per gli effetti del mandato (2). La cosa va diversamente nella locazione di servigi.

227. Inoltre, il mandatario che non ancora à principiato la gestione dell' affare può rinunziare, quando le cose sono intatte, ed ei non è mica tenuto ai danni ed interessi. L'operajo, per l' opposto, o qualunque altro locatore di opera che à stabilito un prezzo per la formazione di un lavoro, non à affatto la facoltà di sciogliersi, anche prima che incominciasse questo lavoro, senza che sia tenuto ai danni ed interessi (3).

Finalmente, la locazione di opere non è sciolta affatto per la morte del proprietario (4), men-

(1) Io principierò, dice Toubeau, *dai mandatari che sono i più nobili*, p. 112.
(2) Art. 2002 Codice civile (1874 LL. civ.). Legge 59, § 3, D., *Mandati*.
(3) Delamarre e Lepoitevin, *Trattato del contratto di commissione*, t. 1, n° 21, nota (1) della pagina 34
(4) Mio com. della *Locazione*, n° 1045. — Pothier, *Locazione*, n° 444. — Casaregis, *disc*, 29, n' 16, 17, 18. — *Infra*, n° 737.

tre che il mandato si estingue per la morte del mandante (1).

228. Dopo di aver esposto la nostra teoria per quanto à relazione con le materie civili, noi dobbiamo seguitarne l' applicazione alle materie commerciali.

Ciò che quivi costituisce l ostacolo, è che nel commercio, ove in generale non si fa niente per niente ed ove l' interesse e il profitto sono lo scopo caratteristico del negoziante, il mandato, naturalmente gratuito, pressochè sempre salariato e salariato anche di diritto, pare un' opera mercenaria, nella quale non trovano luogo quelle ragioni di generosità, di attaccamento e di amicizia che ci sono sembrate decisive in ciò che concerne talune professioni civili. Senza dubbio, il mandato commerciale resterà mandato in tutt' i casi ne' quali, per eccezione, sarà gratuito. Ma quando questo è retribuito, siccome è quasi sempre, non degenererà esso in contratto di locazione ?

A tale questione non ci affrettiamo di rispondere io uo modo troppo generale nel senso dell' affermativa. Ciò sarebbe lo stesso che togliere dal commercio il mandato salariato ; e sarebbe lo stesso che cancellare l' articolo 92 del Codice di commercio (88 LL. di ecc.) e dare una mentita alle opinioni di tutti i giureconsulti Il commercio, in mezzo alle tendenze interessate che ad esso sono proprie, non resta straniero alle relazioni di confidenza e di amicizia. Esso à pure le sue idee di dignità (2) ed i sentimenti officiosi (3). Per conservare a taluni servigi, indispensabili nel negozio, il loro carattere di servigi, l'uso commerciale à saggiamente stabilito delle regole di esigua estimazione, che non potrebbero essere oltrepassate senza rimaner soggetto al biasimo e ad una riduzione (4). Con ciò trova il commercio in quei servigi, mediante poco dispendio, un opportuno soccorso aperto a tutti e che forma un benefizio per la speculazione. Noi adunque diciamo che in questa materia, del pari che nel diritto civile, esistono talune gradazioni delle quali conviene aver conto per non cadere in errore.Se il mandato degenera assai spesso in locazione nel commercio a motivo del salario che paga l'opera e l'intenzione, io talone altre circostanze ancora il salario non toglie che il mandato rimanga mandato (5).

229. Prima di ogni altra cosa, stabiliamo una regola incontrastabile nel commercio, regola che la consuetudine à introdotta in derogazione ai principi del diritto comune. Il mandato mentre che nel diritto civile vien presunto gratuito, in materia commerciale è presunto salariato. Anche quando tace la convenzione, l'uso suppone che le parti sieno considerate avere inteso che il mandatario riceverebbe quell indennità che si è solito di dare nella località per l' operazione commessa alle sue cure (6). Si à una grande considerazione alla proposizione di san Paolo, che ognuno debba essere ricompensato secondo la sua fatica (7). Poichè il prete vive dell' altare, il negoziante con maggior ragione deve vivere del negozio.

230. A questo modo è rovesciata la disposizione dell' art. 1986 del Codice civile (1855 LL. civ.). Il mandato è gratuito in diritto civile, quando non vi sia patto in contrario: il mandato è salariato in materia di commercio, se non v' à convenzione in contrario (8). Quivi il salario è in qualche modo nell' interesse comune delle parti; esso rende il mandatario commerciale più rigorosamente tenuto di quel che sarebbe ove il suo ministero fosse gratuito. E poichè il suo salario si riduce, in conchiusione, ad un premio poco considerevole, i negozianti amano più di trattare con commissionari salariati, strettamente teouti ed amplamente responsabili, che con commissionari gratuiti,gli errori de' quali sono scusati più agevolmente (9).

231. Nulladimeno vi sono di quando in quando taluni servigi che si richiede da un corrispondente, e che costui presta di buon grado senza speranza di retribuzione Per esempio, un negoziante della Corsica, il quale tiene conti aperti con un negoziante di Marsiglia, prega quest'ultimo di assicurargli un suo bastimento. Si fatto mandato è ordinariamente eseguito nel modo più gratuito e più cortese. Ed io ne ò avuto degli esempi.

(1) *Infra*, art. 2003 (1875 variato LL. civ.).
(2) Straccha, *De mercatura*, part. 2, n° 17.
(3) *Id.*, part. 1, n° 24.
(4) Delamarre e Lepoitevin notano assai bene la consunta tenuità del diritto di commissione, t. I, n° 105, *in fine*. — Arresto della Corte di cassazione dell' 11 marzo 1824, il quale dichiara che il salario dell' uomo di affari ad onta di qualunque convenzione, è sempre soggetto a riducimento (D., *Mandati*, p. 959). Dev., 7, 1, 413. — *Infra*, ni 246 a 632.
(5) Casaregis stabilisce pure che il mandato commerciale non debba avere prezzo alcuno (*disc*. 29, ni 8, 16, 17, 22); ciò che non trattiene di avere siccome vero mandatario (*passim*) il commissionario che à diritto ad una provvisione.
(6) Marquardus, lib. 2, c. XI, n° 62. — Delamarre e Lepoitevin, t. I, n° 104 — Carré, *Competenza*, t. 7, p. 185, ediz. di V. Fouché. — Vinceos, l. 2, p. 112.
(7) Ad 2, 3, ad *Corinth.* ; argomento dalla *Decis. rotae gen.*, l. 115, n° 2.
(8) Arresto della Corte di cassazione del 18 marzo 818 (ricorsi), che decide in tal modo anche per un agente di affari (Dal., *Mandato*, p. 959, Devill , 5, 1, 453).
(9) Delamarre e Lepoitevin, t. 1, n° 105.

Del rimanente, tali derogazioni degli usi commerciali non si suppongono facilmente; esse dipendono dalla natura delle relazioni, dall'amicizia, e dalla cortesia delle due case, ecc., ecc. Consulti il giudice queste circostanze.

232. Passiamo ora in disamina i principali mandati commerciali, e vediamo quando il salario li fa passare alla classe di locazione, e quando, al contrario, questo stesso salario non toglie che il mandato conservi il suo carattere.

233. Parliamo imprima della preposilura.

Un testo di Ulpiano, applicabile precisamente al caso in cui il proprietario d'un naviglio prepone un barcajuolo all'esercizio della nave, decide che la prepositura sarà un mandato se il preposto agisce gratuitamente, o in vece sarà una locazione se riceve un prezzo (1). La medesima distinzione è stabilita da Paolo (2). La quale rientra in questa fondamentale idea del diritto romano, che il mandato e la locazione di opere distinguansi solamente dal prezzo allorchè le operazioni sono suscettibili di locazione.

Ciò deve egualmente servir di regola nel caso di prepositura terrestre; imperciocchè la prepositura terrestre e la prepositura marittima sono regolate dagli stessi principî (3).

234. Gli è vero che Ulpiano, meno preciso sul caso di prepositura terrestre di quel che sia sul caso di prepositura marittima, non parla della prima se non se come di un mandato: *Ipsum tamen institorem convenire poterit vel mandati, vel negotiorum gestorum* (4).

Questo è rafforzato dall'avvicinamento di altri testi i quali paragonano l'institore al procuratore (5). Ma nessuna cosa impedisce di supporre che i giureconsulti romani, quando ànno usato questo linguaggio, avevano sotto gli occhi il caso, molto frequente appo loro, di un institore gratuito. In generale, i loro institori erano degli schiavi ovvero de' figli sotto potestà: appunto mediante questi agenti dipendenti esercitavasi un commercio od una industria; ed è inutile di dire come fra essi ed il padrone o il padre di famiglia che avevagli preposti non esisteva alcun mandato o veruna locazione. Per altro, quando gl'institori di questa classe erano ammalati, assenti o impediti, trovavasi talvolta un amico (6) che accettava gratuitamente l'ufficio d'institore, o pure una persona cortese la quale, senza mandato, rendevasi *negotiorum gestor* (7). I frammenti de' romani testi ànno collocato la prepositura nella classe del mandato certamente in vista di questo caso di prepositura gratuita; ma essi non ànno inteso di abolire la distinzione espressa nelle leggi del Digesto, *De exercitoria actione*, la quale è generale, e la si rincontra in ogni punto ne' libri di Giustiniano. Senza di ciò, il corpo del diritto non sarebbe consentaneo ai suoi propri principî, e porrebbesi in contraddizione con sè medesimo.

235. Del rimanente, per avvalorarela mia opinione, non mi prevarrò d'un passo in cui Ulpiano stabilisce una differenza fra l'institore e'l procuratore (8); perocchè si fatta differenza interessa i soli terzi e non à veruna importanza fra colui che prepone ed il preposto. Un cavamacchie, obbligato ad assentarsi, incarica un amico di fare le sue veci in commettere i lavori ai suoi garzoni di bottega; ma non spiega se lascia quest'amico a titolo d'institore. Un lavorante, cui è stato affidato un abito, scappa e lo ruba. Se l'amico non è altro che un procuratore, non sarà affatto tenuto di questa perdita rispetto al proprietario, da che *nihil gessit* con quest'ultimo; ma se in vece è institore, il proprietario rubato avrà azione contro di lui. Si rileva che sì fatta distinzione fra il procuratore e l'institore non risguarda che i terzi, e non à luogo ne' rapporti fra colui che prepone e colui che è preposto. Per diffinire i quali rapporti, è d'uopo riportarsi ai principî generali che determinano il carattere del mandato e della locazione: questi ànno quivi il loro pieno vigore.

236. Partendo da tal punto, noi diremo: ogni preposto che riceverà un prezzo per i suoi servigi sarà anzi un locatore di opere che un mandatario (9); ei tanto più sarà tale in quantochè il suo tempo appartiene al suo principale, in quantochè debbe impiegarlo esclusivamente alle cure della sua prepositura, e in quantochè senza il permesso di colui che lo à preposto, non può darsi ad altre imprese o ad altre operazioni di commercio. Bouteiller chiama i fattori ed i preposti *i famigliari* de' mercatanti (10), e Toubeau dice che son essi *salariati* (11) ed in certo modo son servi (12).

(1) L. 1, § 18, D., *De exercit.*: « *Aut ex locato cum magistro, si mercede operam exhibet; aut si gratuitam, mandati agere potest.* »
(2) L. 5, D., *loc. cit.*
(3) Ulp., l. 1, D., *De exercit. act.*
(4) L. 1, D., *De inst. act.*
(5) Paolo, l. 5, D., *De stipul. praetor.*; lib. 48, *ad edict.*; ed Ulp., l. 13, § 25, D., *De act. empt.*
(6) V. Favre sulla legge 5, § 10, D., *De inst. act.* Egli applica questo testo ad una persona officiosa, *amicum.*
(7) Ulp., l. 1. D., *De instit. act.*, e Favre su questa legge.
(8) L. 5, § 10, D, *De inst. act.*
(9) Delamarre e Lepoitevin, t. 1, n° 21.
(10) *Somma rurale.*
(11) Instit. del diritto consolare, p. 124, lib. 2, t. 4.
(12) P. 125 e 126.

Per la qual cosa, Ulpiano colloca nella classe della locazione il contratto ripassato con un commesso copista che viene impiegato ad anno (1); e Casaregis (2) riguarda siccome un locatore di opere un tale Bizarrioi ch' erasi obbligato ad assistere un negoziante, chiamato de Jaruis, nel costui commercio, per anni sei. Niun dubbio che sì fatte decisioni non si estendono a tutt'i commessi o preposti stabiliti in un simile stato di cose (3).

237. Non eccettuiamo nè pur coloro i quali, per la natura delle loro funzioni, sono incaricati di rappresentare il principale in faccia ai terzi.

A questo modo io faccio un contratto di locazione quando dico al mio preposto: « Prendete la direzione di questa barca o di questo « naviglio ch' è di mia pertinenza, e fatelo valere per mio conto: io vi pagherò mille (4). » In tale stato di cose, benchè quelli che contrattano con lui avessero il diritto di vedere nella sua persona un altro me medesimo (5), pure fra me e lui non altro è intervenuto che un contratto di locazione. Perchè dunque non sarebbe locazione quando io pongo un preposto alla testa d'un traffico e lo incarico di amministrarlo? Dal dover mettersi questo preposto in relazione con i terzi e rappresentarmi rimpetto a costoro, non bisogna conchiuderne ch' ei non altro potrebb' essere che un mandatario. Una tale rappresentanza non è mica incompatibile con la locazione di opere e d' industria. Io ripeto, con Ulpiano (6) e col Codice di commercio (7): il padron di barca, il capitan di nave, preposti da un esercitore, sono i costui agenti ed i suoi rappresentanti in faccia a tutti quelli che ànno con essi contrattato sugli affari relativi all' esercizio della barca o della nave; e ciò non ostante, quando ricevono un prezzo de' loro servigi, la legge imprime loro la qualità di locatori di opere. Bouteiller, allor quando dà ai preposti la denominazione di *famigliari* de' mercanti, principalmente à in veduta coloro i quali *ànno la direzione ed il governo del negozio delle mercanzie senza che i mercanti vi sieno presenti.* Se incarico il mio servo, ch'è pagato a mesata, di commissioni presso i terzi, egli è il mio preposto, il mio rappresentante, ciò che non impedisce affatto di collocarlo in fuari della categoria de' mandatari. Io trovo in Casaregis un tale signor Mandino, amministratore per conto di una società relativa all' appalto delle imposizioni, trattato certamente siccome quello che si trova rimpetto ai suoi committenti ne' legami d'una locazione di opere (8). A me sembra esser topici questi fatti e decisive queste autorità. È certo che se avvi prepositura negli esempi indicati, non vi à mica mandato: e senza dubbio una tale prepositura rassomiglia molto al mandato. Essa produce numerosi effetti, i quali confondonsi con gli effetti del mandato; imperciocchè il silenzio non toglie che il preposto sia stato collocato mercè la volontà del proprietario alla testa di un' amministrazione perchè agisse in sua vece e lo rappresentasse, e sì fatta volontà debb' essere eseguita, non essendo il prezzo ricevuto dal preposto un ostacolo all' adempimento di quest'ufficio che si avvicina al mandato sotto tanti rapporti (9). Ma non ne è men vero che una tale prepositura in sè stessa non è già il mandato propriamente detto: essa ne differisce per taluni punti, i quali meritano considerazione.

238. Tuttavolta, se il preposto in esame non ricevesse un salario proporzionato ai servigi che presta al principale, se, investito d'una grande fiducia e fornito d'illimitati poteri, amministrasse con affettuoso attaccamento per colui che lo à preposto un' intera considerabile e lucrosissima impresa mediante una esigua retribuzione, niuna cosa non taglierebbe di far predominare nella sua persona la qualità di mandato: le gradazioni sono quivi delicate; e spetta intenderle agl' ingegni esercitati.

239. Veniamo ora alla commissione, e vediamo se prevalga in essa il mandato.

Vincens, parteado dall' idea che tutti i servigi sono retribuiti nel commercio e che il mandato salariato degenera in locazione, è proclive a ravvisare nel contratto di commissione una locazione, *locatio operarum* (10). Ma sì fatta classificazione non è esatta.

(1) L. 19, § 10, D., *Loc. cond.* — Mio com. della *Locazione*, t. 3, n° 879.
(2) *Disc.* 77.
(3) Nella decisione 115 della Rota di Genova, vedesi un commesso preposto al ricevimento delle lane, cui è dato sempre il nome di *locator operarum.*
(4) Ulp., l. 1, § 18, D., *De exercit.*
(5) *Loc. cit.*
(6) Art. 234 Codice di commercio (222 LL. di ecc.).
(7) Art. 234 (222 LL. di ecc.).
(8) *Disc.* 77, n° 5: *Super re locatoris, nempe ipsis operibus Mandini.* — *Junge*, mio com. della *Società*, t. 2, n° 651. — In questo caso, siccome nell' affare Bizarrini, si occupa Casaregis della questione di conoscere se la morte del proprietario sia un ostacolo a ciò, che il preposto domandi il prezzo che gli è dovuto pel tempo avvenire, stabilito col contratto. V. il mio com. della *Locazione*, t. 3, n° 879.
(9) È questa un' osservazione fatta da Bartolo sulla legge 1, D., *De procurat.*, n° 7, e sulla legge 5, § *Sed si facio, De praescript. verbis.* Ecco le sue parole: « *Nota, quod licet mandatum non sit gratuitum,* « *ita quod non* HABEAT ACTIONEM MANDATI *inter mandantem et procuratorem, tamen dicitur mandatum respectu* « *illius qui agit et contra quem agitur, sine quo mandato, alieno nomine agi non potest, ut hic patet.* » — *Supra*, n° 169.
(10) T. 2, p. 112.

Primamente, tutt' i commissionari, come abbiamo detto *supra* n° 231, non ricevono un prezzo pe' servigi che prestano; e quantunque, in generale, lo spirito del commercio sia quello di non far nulla per nulla, pure succede assai spesso che un corrispondente, mercè una mera cortesia, consente fare per conto di un negoziante suo amico delle operazioni le quali si riferiscono al contratto di commissione. Io ripeto di aver veduto degli esempi di assicurazioni prese, per conto di chiunque si fosse, senza la menoma retribuzione, dal corrispondente che incaricavasi gentilmente di pagar la polizza pel suo corrispondente lontano. In simil caso, la commissione ed il mandato sono unificati, ovvero, per meglio dire, la commissione non è altro che un lato del mandato.

240. Ma ci à di più.

Poichè, in diritto, il mandato non esclude una retribuzione, articolo 1986 (1858 LL. civ.), certamente grande è l' errore di coloro i quali credono che ogni emolumento ritratto dal mandato faccia degenerare questo contratto in locazione. Noi abbiamo ciò osservato nei sviluppamenti che precedono: nè le leggi romane, nè la nostra antica giurisprudenza, nè Pothier che cita Vinnens, ànno insegnato che il mandato fosse incompatibile con una onesta e moderata retribuzione.

Ora, il pubblico commissionario, quegli che come tale si annunzia e che professa l'esercizio della commissione, traendo dalle sue fatiche una legittima indennità, è quegli necessariamente un locatore di opere? Non è piuttosto un mandatario ricompensato?

Nel commercio e ne' tribunali consolari, è stata sempre opinione generale che il commissionario, il quale riceve una provvisione o sia diritto di commissione, non cessa d'essere mandatario, e non dev' essere confuso col fattore e col preposto salariato, i quali locano la loro opera (1).

In vero il diritto di commissione si compone di diversi elementi il cui simultaneo concorso preclude l'adito alla comparazione di quel diritto col prezzo della locazione. Se contiene una ricompensa per l' opera del commissionario, questa è pure un' indennizzazione de' suoi rischi, *merces periculi* (2). Il commissionario à de' magazzini, de'commessi, delle spese, delle perdite, una patente. Non è forse necessario ch' ei sia fatto indenne di tutte queste spese non che di tutt' i rischi? Cosa mai à di comune questa indennizzazione col prezzo della locazione di servigi? Inoltre, il commissionario è obbligato di confidarsi al suo committente, per quanto il committente si confida a lui. Allorchè un banchiere di Genova incarica il suo corrispondente di Parigi di pagare una tratta ch' ei carica sopra di lui, quest' ultimo si abbandona alla fiducia che egli ripone nella solvibilità del primo; e gli presta confidanza, ed è una confidanza sì fatta, la quale è attestato di buone relazioni e di amicizia, quella che non è affatto pagata dalla provvisione. Avviene egli lo stesso nella locazione di servigi? Quale è mai la fiducia personale ed onorevole che mi vien dimostrata da un operajo quando gli ordino di lavorore a giornata? In fine, la commissione non si esercita senza un credito conosciuto in piazza, senza un nome commerciale, il quale, come dicono egregiamente i sigg. Delamarre e Lepoitevin, non costituisce contratto di locazione (3). Non si loca il proprio credito; nè si loca una reputazione commerciale. La provvisione che vien pagata al commissionario è troppo tenue, avuto riguardo a tutto quello che vale il buon nome di un negoziante, perchè si dica che lo si è pagato quando egli si è adoperato per voi. La retribuzione è piuttosto una indennità ed un onorario che un prezzo equivalente a quello che è stato fatto.

241. Si vogliono delle pruove dottrinali di questa verità? Consultate gli autori commerciali, ed osservate se la provvisione che percepisce il banchiere per lo pagamento di una lettera di cambio tratta sopra di lui è considerata da essi sotto l' aspetto di una locazione di opere e come il prezzo di un' opera mercenaria? *Illa igitur pr risio (provisio)* è la parola (4) consacrata dall' uso, e quest' uso non è mica senza scopo) *quae contingit in cambio, induit potius naturam remunerationis quam mercedis*. Turri insegna ciò nel suo dotto trattato *De cambiis* (5), ed è sollecito d'aggiungere che sì fatta provvisione è dovuta, non già in forza di un contratto di locazione, bensì in seguito di una usanza necessaria e lodevole la quale non toglie al cambio gli elementi del mandato che vi si trovano frammisti (6).

242. Del rimanente la quistione è stata esaminata sotto un rapporto più generale da Marquardus, autore di molto senno e di autorità: ed egli insegna come la provvisione del tanto per cento, che l' uso commerciale assicura al commissionario, non fa degenerare il contratto in locazione di servigi. Questa provvisione altro non è che un onorario simile alle ricom-

(1) Marquardus, lib. 2, c. XI, n[i] 62 e segg. — Vedete pure *Decis. rotae gen.*, 16, n° 11. — Trubeau, *Instit. del diritto consolare*, p. 114.

(2) Marquardus (*loc. cit.*).

(3) T. 1, n° 21, nota (1).

(4) Turri, Disp. 2, quaest., 4, n° 34.

(5) N° 35.

(6) V., per esempio, Casaregis, *disc.* 35, n.i 2 e 3: *Sive provisione, ut nuncupatur a mercatoribus.*

pense di cui si sono occupati i giureconsulti romani nel titolo del Digesto *De extraordinariis cognitionibus* (1).

243. Che non si obbietti che Scaccia, trattando la questione di conoscere se la provvisione è dovuta di pieno diritto e senza convenzione, si fa a ricavare taluni argomenti da quello che interviene nella locazione di servigi (2). Se si seguita a leggere lo dissertazione di questo autore sino al suo termine, si vedrà che quegli il quale riscuote la suddetta provvisione altro non è, agli occhi di lui, se non se un commissionario, un procuratore, un mandatario (3).

244. E come mai potrebbe essere diversamente nell'esistenza di questa lodevole usanza del commercio (4) che assegna alla commissione i più tenui premi, e proibisce di pretendere dai negozianti retribuzioni tali che potessero danneggiarli? Non è egli chiaro che la consuetudine, attendendo affatto ai bisogni commerciali, abbia voluto conservare per quanto era possibile il carattere di ministero officioso e di giovevole favore alla commissione, a questo legame del negozio, a questo cardine delle lontane operazioni, a questo potente e comodo agente che fa sparire le distanze e rende la speculazione perpetuamente cosmopolita?

245. Il sensale è egli un *locator operarum*, ovvero un mandatario?

Le leggi romane formalmente decidono che non gli tocca affatto la prima qualificazione. Il salario de' sensali era illustrato del nome di *proxeneticon* o di *philanthropia* (5) e per ottenerne il pagamento essi avevano la persecuzione straordinaria dinanzi il pretore od il presidente della provincia, nello stesso modo che di tal mezzo godevano i medici, gli avvocati ed i professori (6).

Nè è lo stesso nel nostro diritto francese. I sensali sono i mediatori delle parti ed i mandatari dell' una e dell' altra di esse (7). In verità le loro funzioni sono di diritto ricompensate, ed eziandio son lucrose (8); ma non diventano tali se non per lo gran numero delle operazioni cui essi son chiamati ad effettuare, imperciocchè l' onorario del sensale è modico in sè stesso, avuto riguardo alla probità, alla circospezione, alla prudenza ed all' abilità che si richiede da una tale professione cotanto utile nel commercio (9). Si sa pure esser proibito ai sensali d' esigere un salario maggiore di quello ch' è determinato dalla consuetudine del luogo. Ora, poichè la senseria è sempre subordinata al corso della piazza, poichè i tribunali ànno la facoltà di ridurvela, e poichè non sta mica ai sensali il fissarla secondo il loro piacimento al di là del tenue premio ch' è di uso (10), ne deriva che non potrebb' essere questo salario allogato nella classe di quel che chiamasi prezzo di locazione, il quale dipende affatto dalla volontà delle sole parti, libere maisempre di elevarlo tanto in alto per quanto piace ad esse (11). Il diritto romano collocava i sensali in una classe superiore ai *locatores operarum*, da che questa professione, nello stesso tempo sì pregiata e tanto poco dispendiosa, era risguardata dai Romani siccome un beneficio per lo commercio in generale, e particolarmente per gli stranieri che andavano a Roma ad esercitar negozio, ed ignoravano la lingua, i depositi di mercanzie, i negozianti accreditati, ecc. Espressamente dice Ulpiano: « *Item dico si a-*

(1) Lib. 2, c. XI, nⁱ 62 e seguenti: « Quanquam mandatum de jure communi, natura sua, sit gratuitum, adeo, « ut si aliquid pro negotii demandati expeditione datum aut promissum sit, non sit mandatum, sed in alterius negotii formam, hoc est, in alium contractum cadat, mercede enim constituta incipit locatio et conductio (§ *ult.* Inst., *Mandat.*, l. 1, § *fin.*; l. 6, § *ult.*; l. 36, § 1, D., *Mandat.*). (Videatur disputatio nostra de mandato habita « Jenae anno 1630 et inserta tractatui de contractibus Richteri.) *In curiis tamen mercatorum datur mandatario*, « solventi litteras cambii mandatoris, vel exsequenti aliud negotium, PROVISIO, seu merces et stipendium laboris et « *periculi*. (*Decis. rot. gen.* 16, nº 11; Scaccia, *De com. et camb.*, § 3, glos. 3, nº 1, foglio 412.) Quod de « consuetudine moderna in emporiis hodie ad omnes mercatores extenditur, « *ut scilicet eorum* MANDATARIIS *pro* « *singulis centenis unus et dimidius florenus solvatur . . . adeo ut de stylo mercatorum debeatur etiamsi non* « *conventa seu promissa sit provisio.* » (Scaccia, *loc. cit.*, nº 2).

« Hoc autem salarium seu HONORARIUM, huic contractui saltem incidit: necessario vero (vel ut Bachovius putat) plane non inest. Ideoque tale salarium non ordinaria mandati actione peti potest, sed aut ex stipulatu, si stipulatio intervenit, aut ex alio contractu aliaque actione, puta praescriptis verbis, vel extra ordinem peti potest, « modo sit certum aliquod promissum. (L. 7, D., *Mandati*, l. 56, § 3, D., *Mandati*, l. 1, C., *Mandati*.)

« Certum enim debet esse salarium; nam salarium incertae pollicitationis neque extra ordinem recte petitur « (Cujacio *ad rubric.* t. D., *Mandati*), *nisi mercatorum stylus et consuetudo* (quae apprime attendi debet; *rot. gen.* « *decis.* 7, nº 11) *contrarium suadeat*, prout docet « Scaccia, *loc. cit.*, nº 2.

« Marquardus avea detto più innanzi, l. 2, c. XI, nⁱ 44 et seqq.: Haud raro mercatores ex mandato privato « (quod hodie in foro mercatorum *commissio* dicitur; *rota gen.*, decis. 2, nº 31, et decis. 9, nº 1) tenentur.

(2) § 3, glos. 3, nº 2.

(3) Nº 5.

(4) *Laudabilis mercatorum usus*, dice Scaccia (*loc. cit.*, nº 11).

(5) Ulp., l. 1 e 2, § 1, D., *De proxenetica*. — E Cujacio, XI, *observat.* 18.

(6) Leggi su mentovate. — E Cujacio, *loc. cit.* — E Wissembach sul titolo del Digesto, *De proxenet.*

(7) Rogues, t. 2, p. 296. — Delamarre e Lepoitevin, t. 1, nº 12.

(8) Turri, *De cambio*, disp. 1, quest. 2, nº 8: *Proxenetus frequens et lucrosa est opera.*

(9) Savary, t. 1, p. 623.

(10) Rogues, *loc. cit.*

(11) V. *infra*, nº 246, l'arresto ch' io cito sulla facoltà de' tribunali di ridurre il salario dell' agente di affari.

« *liquid philanthropiae nomine acceperit, nec* » *ex locato conducto erit actio* (1). » Non v'à nessuna valida ragione perchè potessimo scostarci da sì fatta decisione.

246. L'agente di affari è posto dai sigg. Rignud e Championnière nella classe de' mandatari (2) articolo 632 Cod. di comm. (612 variato LL. di ecc.). E questa proposizione è poggiata sur una costante giureprudenza (3).

Eccone un esempio:

Isart, agente di affari munito di patente, era stato incaricato dagli eredi Desgardes di liquidare la successione de' costoro genitori, di esigere i crediti, di fare la divisione, ecc., ecc. È stabilito a pro d' Isart un salario di 5 centesimi per franca, ed inoltre è stipulato che in caso di rivocazione del potere conferito allo stesso Isart, gli sarà fatta ragione de' suoi onorari, nello stesso modo che s'egli avesse fatte le esazioni.

Essendo stato rivocato il mandato, elevasi questione di sapere se i tribunali avessero la facoltà di ridurre l'onorario d' Isart per quanto concerne le esazioni che questa rivocazione impediva di effettuare. Isart sosteneva che aveva fatto un atto di commercio e che il suo contratto era una vera convenzione di locatore di opere, un appalto che ritraeva il suo vigore da un contratto legalmente formato. Gli eredi sostenevano, per l'opposto, che avevano investito Isart di un mandato, e che per massima ogni salario competente ad agente di affari è soggetto all'estimazione del giudice. Il tribunale di Meaux, impossessato della causa, non esitò affatto a qualificare di mandato, e per nulla di contratto di lavori, l'operazione intervenuta: e, sull'appello, la Corte reale di Parigi, esaminanda queste idee, rigettò l'appellazione pel seguente motivo: « Atteso che ogni salario dovuto ad agente di affari è soggetto ad estimaziane e regolamento del giudice. » Isart volle tentare lo sperimento della cassazione; ma, con arresto dell' 11 marzo 1824, la camera dei ricorsi, sotto la presidenza del sig. Henrion, rigettò il gravame: « Attesa che l'arresto nel merito non à violata alcuna legge, dichiarando che ogni salario dovuto ad agente di affari è soggetto ad estimazione ed a regolamento del giudice (4). »

247. In vera questo punto è incontrastabile. E perchè mai le azioni dell'agente di affari son sottoposte alla suddetta revisione del magistrato? Per ciò che fa d'uopo ch'esse conservino il carattere di servigi, anche quando vengono ricompensate; per ciò che non conviene che talune convenzioni troppo dure da un lato, e troppo facili dall'altro, tolgano ogni sorta di gratuità ad un ministero cotanto utile; per ciò che azioni di quel genere, essendo della classe de' mandati, non debbono essere, per la ricompensa, arbitrariamente valutate dalle parti, siccome è nella locazione; per ciò in fine che il salario deve rimaner medico, nello stesso modo che debb' essere sempre nel mandato.

248. Ne abbiamo detto abbastanza per dimostrare come il salario possa essere applicato al mandato commerciale senza corromperlo. Non spingeremo più oltre una disamina la quale cesserebbe d'essere interessante.

249. Insistiamo ora su talune qualità distintive che debbon essere rinvenute nel salario.

È necessario che questo sia stipulato in un modo positivo, o che almeno un uso, equivalente alla convenzione, stabilisca il mandato salariato, e determini l'importare dell'onorario. Un notaio, un patrocinatore, non ànno mica bisogno di convenire che dovrà esser loro attribuito un salario: imperciocchè la consuetudine e la legge rimpiazzano la convenzione. Noi abbiamo osservato che la cosa è pure in tal modo nelle materie di commercio: in mancanza di patto, l'uso stabilisce un tanto per cento, e le parti vengono considerate d'esservisi rapportate.

250. Può consistere il salario tanto in una somma certa, quanto in un compenso del tanto per cento: può essere puro e semplice, ovvero subordinato ad una condizione (5).

251. Il salario convenuto espressamente o tacitamente è dovuto al mandatario anche quando l'affare di cui è stato incaricato non fosse riuscito (6). Il mandatario non è affatto responsabile dell'evento della negozizione articolo 1999 (1871 LL. civ.). Ei fa quello che sta in suo potere, e ciò basta perchè gli sia dovuta la sua mercede.

252. Ciò non ostante, la convenzione può stabilire che sarà dovuto il salario nel solo caso di riuscita (7). Questa convenzione non à nulla d'illecito; ed essa rientra nel dominio della volontà delle parti.

253. L'articolo 1999 (1871 LL. civ.) assicura al mandatario un'azione per conseguire il pagamento del suo salario. Una tale azione

(1) L. 2, *De proxenet.*
(2) T. 2, n° 1844.
(3) Dal., v° *Mandato*, p. 959. — Vedete pure i sigg. Delamarre e Lepoitevin, t. 1, n° 19.
(4) Devill., 7, 1, 413. — *Infra*, n° 632.
(5) Ulp., l. 13, D., *Praescript. verb.* — *Infra*, n° 631.
(6) Heraldus, nelle sue dissertazioni contro Saumaise (*Animad. in Salmas. observat. ad jus atticum*, lib. 5, c. 20). — Cassazione, ricorsi, 6 marzo 1827 (D., 27, 1, 162). — *Supra*, n° 6, art. 1999 (1871 LL. civ.). — *Infra*, n° 633.
(7) Suddetto arresto.

non è mica, come presso i Romani, in fuori del contratto di mandato. Secondo le nostre idee, essa, per l'opposto, ne deriva positivamente: nel vero è un' azione *mandati*. Ma non anticipiamo con ulteriori particolarità sul comento dell'articolo 1999 (1871 LL. civ.).

Articolo 1987 (1859 LL. civ.).

Il mandato è o speciale e per un affare, o per certi affari solamente, ovvero è generale per tutti gli affari del mandante (a).

Articolo 1988 (1860 LL. civ.).

Il mandato concepito in termini generali non comprende che gli atti di amministrazione.

Quando si tratti d'alienare, ipotecare o fare altri atti di dominio, il mandato deve essere espresso (b).

Articolo 1989 (1861 LL. civ.).

Il mandatario non può fare cosa alcuna oltre ciò che è nei limiti del suo mandato: la facoltà di transigere non comprende quella di compromettere in altri (c).

(a) Leggi civili. L'art. 1987 del Codice civile corrisponde all'art. 1859 delle Leggi civili concepito nei seguenti termini:

« Il mandato è speciale e per un affare, o per certi affari solamente; ovvero è generale per tutti gli af-« fari del mandante. »

Leggi romane. Quest'articolo concorda con le leggi 1, § 1, D., *De procuratoribus*; e 12, § 7, D., *Mandati*. (*Edit.*)

(b) Leggi civili. L'art. 1988 del Codice civile corrisponde all'art. 1860 delle Leggi civili espresso come segue:

« Il mandato concepito in termini generali non comprende se non gli atti di amministrazione. »

« Quando si tratti di alienare, d'ipotecare, o di fare altri atti di dominio, il mandato debbe essere « espresso. »

Leggi romane. Le disposizioni contenute nel presente articolo concordano con le leggi 60, e 63, D., *Mandati*; 7, § 1, D., *Quib. mod. pig. vel hypot. solv.*; e 16, Cod., *eod. tit.*

È d'uopo intanto avvertire, come, ad onta di tali leggi, i dottori opinavano che il mandato generale cui si fosse aggiunta la clausola *cum libera*, val dire della libera amministrazione, comprendesse la facoltà di transigere, di alienare, e di compromettere; e come la loro opinione era stata accettata dall'uso, perciocchè credevasi trovarla basata sulle leggi 11, § ult., 12, D., *De pignor. act.*; 58, D., *De procurat.*; § 4, Instit., *De rer. divis.*; 9, § 4, D., *De acq. rer. dominio*; e 58 e 59, § 10, Cod., *Mandati*. (*Edit.*)

(c) Leggi civili. L'art. 1989 del Codice civile corrisponde all'art. 1861 delle Leggi civili così conceputo:

« Il mandatario non può fare cosa alcuna, oltre ciò che è contenuto nel suo mandato: la facoltà di tran-« sigere non comprende quella di compromettere. »

Leggi romane. Sono concordanti col presente articolo le seguenti leggi: l. 5, *in prin.*, l. 41, 60, 63, D., *Mandati*; e § 8, Instit., *De mandato*. Ma, per quello che abbiamo detto nella nota (b) di questa pagina, l'opinione de' dottori, e con essa anche l'uso, avea ritenuto che il mandatario generale *cum libera* avesse, insieme alla facoltà di transigere, quella eziandio di compromettere. (*Edit.*)

SOMMARIO.

254. Legamo. Epilogo degli articoli 1987, 1988, 1989 (1859, 1860, 1861 LL. civ.).
255. Del contenuto della procura, o sia *forma mandati*.
256. Il mandatario debbesi conformare alla forma del mandato. Dottrina de' moralisti a tal riguardo.
257. Questa dottrina è quella del diritto pubblico, del diritto civile, e del diritto commerciale.
258. Il diritto politico è per altro più severo di quel che sia il diritto civile riguardo al mandatario che disubbidisce, anche quando ei riesca.
259. In morale, non bisogna esser molto severo verso il mandatario che à creduto di far bene andando oltre i limiti del mandato.
   Esempio tratto da Cicerone.
260. La regola di diritto è questa: *Diligenter fines mandati custodiendi sunt*. Estensione di sì fatta regola.
§. — 261. Degli atti di esecuzione i quali vanno *contra* la forma del mandato.
262. Esempio.
263. Altro esempio.
264. Altro esempio.
265. Seguito. Decisione della Rota di Genova.
266. Seguito.
267. Seguito.
268. Il mandatario che procede contro la forma del mandato è in colpa, anche quando fosse migliore la cosa che sostituisca a quella domandata.
   Ragione di ciò.
§. — 269. Delle violazioni con le quali il mandatario va *altre i limiti* del mandato. *Addit ordini sibi dato.*
270. Discrepanza a tal riguardo fra i giureconsulti romani.
271. Seguito.
272. Il mandatario che à un mandato generale va al di là del suo mandato quando aliena o ipoteca.
273. Differenza fra il mandato speciale ed il mandato generale.
274. Seguito o particolarità necessarie per dimostrare in quali casi ci à mandato speciale o mandato generale.
275. Ci sono due specie di procure generali, o due specie di procure speciali.
276. Della procura generale *cum libera*. Se questa è più estesa della procura generale *simpliciter?*
277. Ci à forse una differenza fra il mandato generale, e quello concepito in termini generali?
   Vi sono delle procure speciali concepite in termini generali.
278. La procura generale non comprende se non gli atti di amministrazione.
279. Delle locazioni che eccedono 3, 6, 9 anni.
280. Seguito.
281. Delle compre-vendite.
282. Seguito.
283. Seguito.
284. Seguito
285. De' prestiti.
   Quid nelle materie commerciali? L'interpetrazione della procura non comporta quivi una maggior estensione?
286. Dell'ipoteca.
287. Delle quietanze.
288. Delle novazioni.
289. Degli atti di esecuzione.
290. I pegnoramenti d'immobili non possono esser fatti se non in forza d'una procura speciale.
291. Delle azioni giudiziarie.
292. Seguito.
293. Seguito.
294. Del giuramento deferito.
295. Della facoltà di transigere, compromettere, mallevare. ecc.
296. Delle quietanze di crediti, dell'accordo, delle donazioni.
297. De' pagamenti.
298. Spesso l'azione che oltrepassa i limiti del mandato regge sotto l'aspetto di *negotiorum gestio*.
299. A quali condizioni.
300. Seguito.
301. Seguito.
§. — 302. Degli atti di esecuzione che rimangono *al di qua* della procura.
   L'esecuzione del mandato non dev'essere parziale: il mandante può negarsi di ratificare per tutto.
303. L'esecuzione parziale è una colpa.
304. Ciò non ostante, un'esecuzione parziale è talvolta atta a ricevere la ratificazione.
   Esempi.
305. Altro esempio tratto da un arresto della Corte di cassazione.
306. Ma queste sono eccezioni.
307. Il mandatario in quali casi è considerato esser rimasto al di sotto del mandato? È questo solamente quando non fornisce la quantità domandata? Forse non conviene prender pure in considerazione la qualità o le altre analoghe circostanze?
§. — 308. Il mandatario non debbesi dipartire dal *modo di esecuzione*.
   Esempio desunto dalla giurisprudenza della Rota di Genova.
   Il mandato deve esser eseguito *ad unguem*.
   Quando ammettonsi gli equivalenti?
309. Si deve attendere all'esecuzione conforme, anche nelle piccole particolarità, *in minima parte*.
   Autorità della Rota di Genova, di Marquardus, di Casaregis, e della giurisprudenza inglese.
310. Gli equivalenti non sono ammessi contro il tenore della procura.
311. Eccezioni a questa regola. 1ª Quando esiste una impossibilità positiva e radicale.
312. Ma non bisogna ritenere per impossibilità radicale una semplice difficoltà di esecuzione.
313. 2ª eccezione. Quando i mezzi preferiti dal mandatario ànno procurato il risultamento che volevasi conseguire.
314. Spiegazioni a tal riguardo. Gli equivalenti posson essere ammessi in quanto ai mezzi di esecuzione, ma non mai anche per l'oggetto del mandato.
315. Nulladimeno, àvvi ancora un'eccezione a ciò. Forza maggiore inopinata.
316. Del rimanente, l'adempimento *in forma specifica* è richiesta solamente quando la procura è chiara, precisa, e imperativa.
317. *Quid* se la persona si limita a raccomandare al mandatario di agire per lo meglio *degl'interessi del mandante?*
318. La buona fede deve dichiarare al mandatario quello che il mandato non à dichiarato.
319. De' conseguenti, degli antecedenti, e de' complementi.
   I quali sono compresi virtualmente nella procura.
   Numerosi esempi.
320. Ma a quali condizioni i conseguenti, gli antecedenti ed i complementi sono compresi nella procura?
321. La facoltà di transigere non comprende quella di compromettere.
322. La facoltà di vendere non comprende quella d'ipotecare.
323. La facoltà di vendere un immobile non attribuisce la facoltà di usarne il prezzo, massime allor quando si è concesso dilazione al pagamento.
324. Altri esempi.
325. Seguito.
326. I tribunali valutano sovranamente l'estensione del

mandato. Circospezioni da usarsi in sì fatta estimazione.

327. L'estensione del mandato è talvolta regolato dalla solita funzione del mandatario.

328. Le infrazioni fatte al mandato producono azione al solo mandante, ma non mai al mandatario ovvero ai terzi.

COMENTO.

254. Io riunisco io uno stesso comento gli articoli 1987, 1988, e 1989 (1859, 1860, e 1861 LL. civ.), perciocchè questi si rannodano gli uni agli altri con un intimo connessità. Ecco di fatti il gruppo delle idee che ne deriva:

La procura non trasmette altro al mandatario se non se le facoltà che contiene. Oltre di ciò, il mandatario rimane senza mandato, e per conseguenza senza diritto e senza azione. È quindi necessario disaminare l'estensione della procura. È essa speciale? È essa generale? Se è speciale, debb'essere eseguita in *forma specifica*, e non è permesso al mandatario, sotto pretesto di analogie o pure per qualunque altro motivo, di oltrepassare i suoi limiti precisi. Essa è generale? Non deve credersi che investa il mandatario di facoltà illimitate, le quali arrivassero sino agli atti di alienazione e di disposizione. Il mandatario deve ristringersi ai soli atti di amministrazione.

Tale è il reassunto che deriva dagli articoli 1987, 1988, 1989 (1859, 1860, 1861 LL. civ.). Il quale, per quanto sia esatto, lascia da parte molti punti intermedi di veduta, e molti cenni secondari o accessori che debbe il nostro comento far emergere. Che deve mai avvenire, per esempio, se la procura non è precisa? se quando questa, imperativa per un punto, è facoltativa per un altro? quando designa al mandatario molti modi di azione per la scelta de' quali si rimette alla sua elezione ed alla sua prudenza? quando essa, compresa nella tale operazione, non può essere portata a termine senza passare per una tale altra operazione preliminare? Tutte queste quistioni sono il corollario de' nostri tre articoli, i quali non possono essere interpetrati senza gittare a quelle una occhiata.

255. Ed imprima, è necessario occuparsi del contenuto della procura.

Questo contenuto è chiamato dai giureconsulti romani la *forma* del mandato. *Forma in mandatis servanda est*, dice Paolo; *quoties certum mandatum sit, recedi a forma non debeat* (1). Quivi la forma non dev'essere intesa per le esteriori solennità della procura: essa prendesi per la stessa commissione, tale quale è stata dalla volontà del mandante distesa con le sue qualità (2), val dire con le sue circostanze di tempo (3), di luogo (4), di prezzo (5), ecc., e col suo modo di esecuzione. Sì fatte qualità sono di due sorte: *intrinseche* ed *estrinseche*. I dottori chiamano intrinseche quelle le quali ànno relazione con la commissione considerata in astratto, in sè stessa, e nel suo scopo. Si chiamano estrinseche quelle altre le quali ànno relazione con l'esecuzione, e debbono regolare l'esecuzione medesima (6). Così, per esempio, quando io dico: Compratemi cento barili di vino del 1835, ecco l'istruzione che risguarda le qualità intrinseche del mandato: poscia, quando aggiungo: Fatemeli pervenire con i mezzi di trasporto della casa Giacomo e compagnia, tali circostanze sono estrinseche. La riunione delle condizioni intrinseche ed estrinseche costituisce la forma del mandato.

256. Quando la forma del mandato è precisa, il mandatario deve esattamente uniformarvisi; e questa è la disposizione dell'articolo 1989 (1861 LL. civ.), il cui luogo sarebbe stato forse più proprio sotto la rubrica del seguente capitolo relativo alle obbligazioni del mandatario (7). Sì fatta disposizione deriva dai precetti di Paolo (8), i quali, dal canto loro, erano stati attinti dagl' insegnamenti de' filosofi. Per risalire alla sorgente, consultiamo i moralisti.

« Fra le altre quistioni relative all' estimazione de' doveri morali, dice Aulo Gellio (9), eccone una che viene spesso elevata: Quando si è l' incarico di una commissione, e si è stato ben avvisato di tutto ciò che deve farsi per eseguirla, si può mai allontanarsi dalle istruzioni ricevute ove si speri un miglior successo ed un maggiore utilità? Tale questione è malagevole (*anceps quaestio*), e divide gli

(1) Paolo, l. 46, D., *Mandati*. Cujacio, 12, *observ.* 34. — Delamarre e Lepoitevin sembrano credere che la suddetta espressione sia dello stilo degli autori commerciali (t. 2, n° 90). Essa è romana ed è classica.

(2) Casaregis, *disc.* 1, n° 26, e *disc.* 119, ni 54, 56, 57, 59, 61, 64.

(3) *Tempus est de forma mandati* (*decis. rot. gen.*, 2, n° 35), dall'autentica *Quae supplicatio*, C., *De precib. imp. offic.* — Casaregis, *disc.* 119, n° 8.

(4) *Rot. gen.*, dec. 96, n° 13. — *Infra*, n° 267.

(5) Casaregis, *disc.* 170, ni 67 e 119, ni 61 e 62.

(6) Delamarre e Leipoitevin, t. 2, n° 90.

(7) *Infra*, ni 348 a 399.

(8) L. 46, D., *Mandati*, e l. 5, D., *Mandati*. Dice quest'ultima legge: *Diligenter fines mandati custodiendi sunt.* »

(9) Lib. 1, cap. 13.

« uomini più assennati. Molti, attenendosi a questa regola, cioè, che quando una persona è provveduta del potere necessario per essere ubbidita à deciso ponderatamente sopra un affare che le riguarda e ci commette di eseguirlo, non ci è permesso in verun caso di discostarci dai suoi ordini (*contra dictum ejus esse faciendum*); imperciocchè se le nostre speranze per meglio riuscire da un'altra via venissero a mancare, saremmo colpevoli d' imprudenza, e meriteremmo d' essere puniti della nostra temerità; che se, per l'opposto, noi fossimo fortunati nel disubbidire, dovremmo confessare, rendendo grazie agli Dei, che abbiamo dato un funesto esempio tendente a distruggere il religioso riguardo che debbe portarsi agli ordini ricevuti: *Bene consulta consilia, religione mandati soluta, corrumperentur*.

« Secondo altri, ci à de' calcoli a fare. Se i rischi ai quali si va incontro nel disubbidire sono lievi ed i vantaggi sono considerevoli, si può discostarsi dal mandato e profittare delle favorevoli occasioni che a noi manda il cielo (*tum posse adversus mandata fieri*). Nulladimeno, secondo questi moralisti, converrà consultare il carattere di colui che à dato la commissione. Se questi è severo, scortese, inesorabile, siccome furono Postumio e Manlio nell' esecuzione del loro comando, non si dovrà per nulla dipartirsi da ciò che à prescritto. Per dare maggior forza a quest' ultima considerazione, prosegue Aulo Gellio, mi piace citare un passo di P. Crasso Muciano, uomo la cui memoria è illustre. Ei comandava in Asia, e volle assedinre Leuca: ed avendo bisogno, per abbatterne le mura, di una lunga e solida trave che servisse per l' ariete, scrisse al costruttore de' bastimenti di Elea di spedirgli il più grande dei due alberi maestri che ricordavasi aver ivi veduto. Costui, supponendo di aver capita la idea di Crasso, mandò al proconsole, non già il più grande di quegli alberi di nave, sì bene il più piccolo ch' ei stimò essere più agevole al trasporto e più adatto alla costruzione d' una macchina da guerra. Crasso lo fe' venire, e senza voler sentire le spiegazioni di lui, lo fece denudare e battere con le verghe; imperciocchè è perduta l' autorità del comando quando gl' inferiori non si sottopongono ad una rigore a ubbidienza e sostituiscono altri mezzi a quelli che sono loro indicati. »

257. Le due dottrine rappresentate da Aulo Gellio si toccano in un punto principale, cioè, che il mandatario il quale si allontana dal mandato, e non riesce, è risponsabile della sua imprudenza. La controversia non principia se non se quando l' evento preveduto dal mandatario à coronato la sua disubbidienza; in tal caso, non è pure certo che, nelle materie risguardanti la politica e'l governo, la felice disubbidienza debba esser sempre scusata Questi precetti sono anche quelli che regolano le materie civili e commerciali (1). Il mandatario prudente non deve per nulla avventurare. Far dipendere dal capriccio della fortuna gl' interessi de' quali non può egli disporre, è lo stesso che mancare di prudenza. Se mancano le sue speranze, egli è colpevole; e s' ei riesce, gli si sarà poco obbligato d' aver voluto essere più saggio di quello che bisognava.

258. Esiste intanto questa differenza fra le materie di governo e le materie civili, che nella prime, ove la disciplina è tanto necessaria, è buon principio il non incoraggiare la disubbidienza anche felice; ma nelle seconde, che non mettono a rischio nessun pubblico interesse, il mandante è più libero di consultare il suo buon cuore per non usare una severità troppo grande verso quel mandatario che, per un motivo onorevole quantunque mal calcolato, à oltrepassato i limiti del mandato; ei si mostrerà umano, benigno, generoso, e non gli negherà una ratificazione la quale non comprometterebbe assai gravemente i suoi interessi. A questo modo si comportano gli uomini disinteressati: e Cicerone ce ne somministra un esempio che noi ci facciamo a qui riportare con piacere, se non in appoggio di un principio di diritto, almeno come esempio, d' una delicata condotta.

259. Fabio Gallo, procuratore di Cicerone, aveva fatto compre di statue, supponendo che queste fossero gradevoli al grande oratore: inoltre, le aveva pagate a caro prezzo, e più caro di quello che Cicerone stimasse tutte le statue del mondo. Questi gli fa sapere con una lettera faceta e spiritosa, che i suoi poteri non andavano mica sin là: « Che farà mai la statua di Marte presso di me che non bramo altro che la pace? . . . . . Schiettamente vi dico che avrei creduto essere questa somma impiegata meglio in comprandomi una casa a Terracina per non esser sempre a spesa de' miei ospiti . . . . . . Tutto questo per altro non toglierà affatto ch' io ratifichi la vostra compra e che io l' abbia ancora per gradita. Ditemi ove sono queste statue, e con qual mezzo potrò farle trasportare. Vorrei che Damasippo (2) consentisse a ricomprarle da me; altrimenti converrà al certo trovare qualche al-

(1) Stracchu, *Mandati*, à citato l'esempio di Aulo Gellio, n° 1; e dopo aver ricordato il principio, egli aggiunge: *Id enim mercatores dictitant*.
(2) È celebre il suo gusto per le statue.

« tro amatore della stessa forza per disfarmi di « quelle statue, anche con perdita (1). »

260. Di tutte queste nozioni di morale, il diritto civile à serbato un precetto fondamentale, quello cioè che il mandatario deve strettamente uniformarsi agli ordini che gli sono stati dati. *Diligenter fines mandati custodiendi sunt* (2). Ei deve non solamente uniformarsi all'ordine stesso, preso intrinsecamente, come dicono i dottori (3); ei deve non solamente fare la cosa stessa che gli è stata prescritta e non mai un'altra cosa simile, secondo che irregolarmente aveva fatto il costruttore di Elea; non solamente egli non debbe uscire dal suo mondato per darsi ad operazioni che non vi sono comprese, nella guisa che avea fatto il procuratore di Cicerone; ma inoltre è necessario che, anche quando egli attende alla cosa precisa di cui si è incaricato, la faccia con i mezzi indicati e con le estrinseche qualità determinate col mandato. Senza di ciò egli impegna in un grave modo la sua risponsabilità, ed il mandante à il diritto di negare la sua ratificazione a quanto è stato fatto in fuori de' suoi ordini (4). Ciò è per lui *res inter alios acta*. Quando anche il mandato fosse stato bene eseguito in una parte, ma fosse stato violato in un'altra parte ligata intimamente o quella, il mandante potrebbe lasciare l'intiero affare per conto del mandatario (5).

In una parola, il mandatario non deve fare cosa alcuna, 1° contra la forma del mandato; 2° al di là della forma del mandato; 3° al di qua della forma del mandato (6); 4° senza conoscimento sulle qualità e sulle modificazioni del mandato (7). L'articolo 1989 (1861 LL. civ.) non parla espressamente se non di ciò ch'è stato fatto *al di là* del mandato: ma, combinandolo col secondo paragrafo dell'articolo 1988 (1860 LL. civ.), sembra ch'esso comprenda con quelle parole tutte le operazioni del mandatario le quali, per poter reggere, àn bisogno della ratificazione del mandante. La Rota di Genova esprime la stessa idea con questa regola della giureprudenza:

« *Non est in facultate mandatarii addere* « *vel demere ordini sibi dato* (8). »

261. Prima di ogni altra cosa vediamo gli atti di esecuzione che vanno contro la forma della procura.

Io vi fo una procura che in termini proibitivi dichiaro essere speciale pel tale oggetto, e voi vi arbitrate darvi ad operazioni le quali violano la mia proibizione. Questo è andar contro la forma del mandato, ed è ciò che Orazio chiama assai bene *mandata frangere*: io non rimongo affatto obbligato dai vostri atti; e questi cadono in ciò che mi risguarda (*corruunt*).

262. Od anche, se la procura non dà tassativamente facoltà se non per due o tre affari speciali, aggiungendo: « Mi riserbo di darvi po« scia delle istruzioni per un quarto affare che « potrei imprendere, ma per lo quale io non « credo esser prudente ed opportuno di agire « in questo momento; » se il mandatario si dà di propria volontà ed in nome del mandante a quel quarto affare, non fa alcuna cosa che possa obbligar costui, il mandante ne rimane straniero.

263. Gli è andare contro la forma del mandato quando il mandatario, avendo due ordini subordinati uno all'altro, sconvolge le sue istruzioni, ed esegue in primo luogo quell' ordine che dovea esser eseguito in secondo e dopo l'adempimento del primo. *Ordo mandatorum servandus est, et est indivisibilis*: a questo modo dice Casaregis (9). Per esempio: « Voi « riscuoterete da Pietro una somma di 10,000 « franchi che dev'essermi pagata nel 20 giugno « 1844, e quando l'avrete riscossa, mi compre« rete tanti ettolitri di grano. » Voi non dovete affatto comperar grano pria dell'esazione di quei 10,000 franchi e pria del 20 giugno 1844; altrimenti scompigliate la serie delle istruzioni del vostro mandante, e qualora ne deriva danno per lui, siete voi risponsabile.

264. Gli è andare contro la forma del mandato quando, in cambio di far ciò che questo prescrive, si fa un'altra cosa che mettesi in sua vece. Anche quando il mandato non contenesse alcuna espressione proibitiva, perciò solamente che non dà altro che un potere circoscritto ad una determinata operazione, esso è virtualmente proibitivo rispetto a tutte le altre operazioni che vengono a quella sostituite (10).

265. Per esempio:

Voi avete dato a Pietro una commissione per vendere le sue mercanzie, ma queste sono cambiate in vece d' essere vendute. La permuta non

(1) *Ad famil.*, VII, 23 — Ediz. Panck, t. 19, p. 149.
(2) Paolo, l. 5, D., *Mandati*. — Straccha, *Mandati*, n° 1. — Casaregis, *disc.* 33, n.° 20, 21.
(3) *Supra*, n.° 255.
(4) Alessandro, l. 10, C., *De procurat.* — Casaregis, *disc.* 119, n° 9, 10 ed 11.
(5) Casaregis, *disc.* 119, n° 10. — *Infra*, n° 302.
(6) *Non solum corruunt ea quae geruntur* CONTRA *formam mandati, sed etiam ea quae gesta fuerunt* CITRA, VEL ULTRA. — Turri, *De cambiis*, disput. 2, quest. V n° 14. — Egli cita Abbas. — Bartolo sulla legge 1, D., *Quod cujusc. universit.*
(7) *Quinimo corruunt et ea quae geruntur non observatis qualitatibus et modificationibus mandati . . . etiam in modico.* — Turri (*loc. cit.*), sempre secondo una quantità di autori.
(8) Decis. 9, n° 14, da Baldo. — Casaregis, *disc.* 119, n° 9 ed 11.
(9) *Disc.* 33, n° 20, 21. — *Disc.* 119, n° 73.
(10) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 91.

è mica la stessa cosa della vendita che il mandante desiderava: è ben diverso per lui di avere il danaro contante, o le mercanzie di cui è d'uopo si disfaccia. Gli è questo un procedere contro la forma del mandato (1).

Ciò è quanto la Rota di Genova à formalmente deciso nella seguente specie. Agostino Cavelia aveva incaricato Andrea Miserano di vendergli una quantità di tela di Olanda, e Miserano vi aveva consentito. Ma, in vece di venderla, costui credette poterne fare un cambio col Dei di Algieri Una decisione della Rota lo condannò ai danni ed interessi (2). Sarebbe difficilissimo il commercio per commissione, ove non si stesse a questo modo di giudicare, e tale modo è il solo che possa tranquillare il mandante sull' andamento delle sue operazioni e fargli sperare la riuscita de' suoi progetti.

266. Io fo ordine a Benedetto, mio debitore, di pagare a Francesco 100 franchi. Benedetto, in cambio di pagare questa somma, promette a Francesco di pagargliela lui, e gliene rilascia obbligazione. À egli eseguito il suo mandato? No (3). Imperciocchè io gli aveva fatto ordine, non già di obbligarsi a pagare, sì bene di pagare effettualmente. Ciò è stato in conseguenza contro la forma del mandato: io posso rivocarlo, da che il mandato è sempre rivocabile fino a quando non è stato eseguito o trovansi le cose ancora intatte: ed esse quivi sono intatte, giacchè quello che è stato fatto è una cosa diversa da quello che doveva esser fatto In adunque ò il diritto di vietare a Benedetto di effettuare il pagamento a Francesco.

Per le stesse ragioni, se Benedetto fa fallimento, Francesco conserva le sue azioni contro di me (4).

Nulladimeno tutto ciò non è vero se non se a condizione che Francesco non abbia fatto novazione e non abbia accettato Benedetto come unico debitore. In tal caso, *comparetur hoc casu promissio solutioni*; *sum ergo hoc casu liberatus*, giusta saviamente dice Straccha (5). traendolo da più antichi dottori. Sì fatta accettazione emergerebbe, nel commercio, dai registri di Francesco (6), e mi libera intieramente ed esaurisce lo scopo del mandato che era quello di adempiere all' obbligo di pagar Francesco.

267. Altro esempio di una trasgressione che rientra nella nostra classificazione. Vi faccio ordine di spedirmi dugento barili di vino di Bordò del 1835. Se voi mi spedite quello del 1836, andate contro la forma del mio mandato, il quale tassativamente aggiravasi sur una spedizione di vini del 1835 e non vi dava facoltà alcuna per i vini del 1836.

Allor quando vi chieggo lane di Segovia, non dovete inviarmi quelle di Cadia o di Valogna (7).

Se vi ò fatto il mandato di comperarmi la casa di Sojo, voi non dovete comperarmi quella di Tizio (8), la quale non mi conviene, nè sotto il rapporto della situazione, nè sotto quello della divisione, nè sotto l' altro del desiderio (9).

Remoa aveva fatto ordine a Gayral di comperargli dell' acquavite *al mercato di Béziers*. Gayral. in vece di uniformarsi a quest' ordine, fe' venire l' acquavite da un altro mercato. Arresto della Corte di Montpellier del 10 luglio 1829 il quale ordina che l' acquavite resterà per suo conto, atteso che quegli siè arbitrato derogare alle leggi che gli erano stato imperiosamente prescritte, spedendo spiriti non comperati ne' luoghi designati Sul gravame, arresto del 6 aprile 1831 che rigettò il ricorso (10).

268. Il commissionario è in colpa in simil caso, quando anche la mercanzia che avesse spedita contro l' ordine del mandante fosse di qualità migliore di quella che costui aveva richiesto (11). Sì fatta regola viene applicata tanto nel commercio che nel diritto civile *Sufficit*, dice Casaregis, *in qualitate in contractu promissa alicujus gradus defectus, vel quod contra ementis voluntatem res deservire non valeat ad usum per eum volitum vel destinatum* (12). Mi spedite lane di Segovia, mentre che io fabbrico soltanto grossolani panni con lane di Valogna Che volete ch' io faccia delle vostre lane sopraffine? Le lascerò adunque per vostro conto. Mi comprate una casa diversa da quella che io vi aveva indicato. Che monta che l'impiego sia tanto buono? Sapete voi se avevo intenzione di abitarla, e se essa sotto questo rapporto raggiunga il mio scopo? È necessario adunque ributtare, in generale, una limitazione fatta da Jasna alla regola *Diligenter fines mandati custodiendi sunt*, cioè, quando il mandato

(1) Casaregis, *disc.* 179, n° 67, 68.
(2) Decis. 9.
(3) L. *Si debitor*, D., *De novationibus*. — Dice Straccha: *Magis est non servasse.*
(4) Suddetta legge.
(5) *Mandati*, 3.
(6) *Junge* Delamarre e Lepoitevin t. 2, n° 106.
(7) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 98.
(8) Paolo, l. 5, D., *Mandati*.
(9) Favre, *Ration.*, su questa legge.
(10) Dal. 31, 1, 118.
(11) Pothier, n° 97.
(12) Sulla legge *Si procurator*, D., *De procurat.*

pinguius adimpletur (1). Essa è falsa quasi sempre, e può avere applicazione solamente nei casi in cui il mandante è stato servito meglio di quello che avesse ordinato. Ma in tal caso qual mandante vorrà dolersi del suo mandatario?

269. Passiamo alle infrazioni mercè le quali il mandatario procede al di là della sua procura. Ponghiamo un esempio:

Vi commetto quaranta balle di cotone, e voi me ne spedite cinquanta. Ci è quivi un soprappiù che non sono affatto tenuto di accettare: dieci balle resteranno per conto vostro. Ciò è quanto la Rota di Genova chiama assai bene *addere ordini sibi dato* (2). L'eccesso, quantunque voluto da buone ragioni, costituisce una infrazione, ed il mandante non è obbligato da quest' azione del mandatario più di quello che sarebbe se la stessa azione fosse derivata da una persona interamente straniera: imperciocchè, come egregiamente dice Paolo: *Qui excessit, aliud quid fecisse videtur* (3).

270. Su tal proposito era intervenuta una discrepanza fra le opinioni dei giureconsulti romani. Ecco il caso: lo v' incarico di comperarmi per 100 il fondo Corneliano. Voi, supponendo di far bene e spinto dal calore degl'incanti, vi rendete aggiudicatario in mio nome per lo prezzo di 110. Avrete voi azione contro di me? Non potrei io, per l' opposto, lasciare a voi questa compra pel totale? Potrei io lasciarvela quando anche consentiste di ristringere a 100 la vostra azione?

I Sabiniani negavano ogni azione. Il mandatario à ecceduto il suo mandato, dicevano essi; quindi non vi è stato mandato. Non si potrebbe avere in conseguenza l' azione *mandati* (4), foss' anche a prezzo del sacrifizio ch' ei propone (5).

I Proculejani rispondevano: Questa severità è troppo grande: conviene addimostrarsi più benigno (*benignior*). Che importa che il mandatario abbia oltrepassato i limiti del suo mandato, quando, riconoscendo la sua mancanza e consentendo di sopportarne le conseguenze, ei mette le cose al punto in cui la procura le avea poste? Il mandatario voleva avere una casa per 100, e questa gli vien comprata per 100. Di che mai può dolersi?

Questa seconda opinione prevalse, siccome più umana (6). Essa è più conforme alla ragione (7). *Non debet utile pro inutile vitiari* (8).

271. Sarebbe diversamente ne' casi in cui lo eccesso nell' esecuzione del mandato non potrebb' essere riparato, e cagionerebbe al mandante un pregiudizio per la intera operazione. È questa l' osservazione di Doneau (9). E la giustezza ne è evidente.

272. Fra gli eccessi della procura, bisogna annoverare il fatto del mandatario il quale, avendo una procura concepita in termini generali, se ne servisse per alienare e per ipotecare i beni del mandante. Il mandato, quantunque conceputo in termini generali, non comprende effettivamente se non se gli atti di amministrazione: esso debb'essere espresso per gli atti di disposizione articolo 1988 (1860 LL. civ.).

273. Ciò ci mena a far rilevare le differenze che esistono fra il mandato speciale ed il mandato generale (10).

Il mandato è speciale quando à per oggetto un affare o molti affari solamente (11).

Esso è generale quando à per oggetto tutti gli affari del mandante. Sono queste le espressioni dell'articolo 1987 (1859 LL. civ.) (12).

Per la qual cosa, noi abbiamo osservato nel nostro comento della *Società* (13) che l' amministratore di una società è considerato come un mandatario generale: la società è un ente morale, di cui tutti gli affari sono commessi all' amministrazione del suo rappresentante.

274. Ma non bisognerebbe da ciò conchiudere che il mandato è generale solamente quando abbraccia tutti gli affari quali che sieno del mandante; imperciocchè allora ogni procura che togliesse taluni affari dalla facoltà del mandatario diventerebbe una procura speciale; ciò che si oppone alla definizione data dall'articolo 1987 (1859 LL. civ.) della procura speciale. Il senso di tale articolo è, che la procura è generale anche quando il mandatario sia da questa limitato ad una certa funzione, purchè in tale fun-

(1) *Disc.* 176, n.i 6 e 10.
(2) Decis. 9, n° 14.
(3) Paolo, l. 5, D., *Mandati* (l. 32. *ad edict.*).
(4) Cajo, lll, *com.* 161.—Paolo, l. 3, § 2, D., *Mandati*.
(5) Cujacio à esposto nel modo più ingegnoso la ragione di queste tesi, 12, *observat.* 34.—Pothier, n° 94.
(6) Cajo, l. 4. — Giuliano, l. 33, D., *Mandati*. — Giustiniano, *Instit.*, *Mandati*, § 8.
(7) Doneau, com., lib. XIII, c. 11, n.i 6 e 7. — Hilliger su Doneau, *loc. cit.*, nota (2).—Delamarre e Lepoitevin anno cercato di giustificare i Sabiniani (t. 2, 162): ma io non credo doverli seguire in sì fatta disamina.
(8) L. 1, § penult., D., *De verb. oblig.*
(9) *Loc. cit.*
(10) V. ancora *infra*, n° 792, un caso nel quale la suddetta distinzione del mandato speciale e del mandato generale è di gran rilievo.
(11) Ulp., l, 1, § 1, D., *De procurat.*
(12) *Id.*
(13) T. 2, n.i 666 e 681.

zione essa gli lasci la facoltà di menare innanzi tutti gli affari preveduti od impreveduti che vi si ricongiungono successivamente. Per esempio: *Eseguite in mia vece il commercio nella città di Smirne* (1): ecco una procura generale, quantunque il mandante autorizza il mandatario per lo solo commercio, ed in niun modo per gli altri suoi affari estranei al commercio. Ma poichè il mandante, nel commercio che vuol fare a Smirne, conferisce al mandatario la facoltà di agire nel modo più esteso o nel modo più libero, relativamente a tutti gli affari quali che sieno di cui il commercio à bisogno, questo mandatario à un mandato generale (2).

Avrebbesi eziandio un mandato generale ove dicesse la procura: Io ò due negoziati di libri, uno in America, ed un altro a Parigi; amministrate in mia vece il mio commercio di Parigi durante tutto il tempo che anderò io a regolare il mio negozio di America; e vi faccio all'uopo una procura altrettanto estesa per quanto è possibile (3). Questo mandato, sebbene avesse per oggetto una specialità, non è meno un mandato generale, perciocchè delega la facoltà di fare indistintamente tutte le negoziazioni, tutte le compre e tutte le rivendite, i pagamenti, gli stabilimenti di banchi, la nomine d'impiegati, in una parola *tutti gli affari* che mettono in movimento il commercio di libri.

Ma sarebbe speciale una procura con la quale si dicesse ad un mandatario: Ecco una causa a difendere; seguitene tutte le particolarità.

275. Si è per effetto di queste idee che i dottori ànno riconosciuto due specie di procure generali, e due specie di procure speciali.

Due specie di procure generali: 1° una, la quale abbraccia tutti gli affari del mandante, *cui omnes indefinite commissae*; 2° un'altra, la quale abbraccia solamente un certo genere di affari, *certum genus causarum*.

Due specie di procure speciali: 1° una, la quale abbraccia uno o due affari, certi e precisi, da essere portati sino al termine con tutte le loro particolarità, *datus ad unam litem, sed totam*; 2° un'altra, la quale risguarda un certo atto isolato di un certo affare, non mai gli altri atti, *ad unius causae actum unum, vel plures, sed non omnes* (4).

276. Quando il mandato è generale, si è solito di domandare se il mandatario à la facoltà di vendere e di alienare una o più fra le cose comprese nel suo mandato; e gli antichi dottori rispondono con una distinzione la quale è approvata in diritto canonico (5): o la procura è generale *simpliciter*, ovvero è generale *cum libera*. Se è generale *simpliciter*, il mandatario non può far altro che gli atti di amministrazione: se poi è generale *cum libera*, essa conferisce al mandatario più estesi poteri, nel numero de' quali si trova quello di alienare, se non a titolo gratuito, almeno a titolo oneroso.

Vinnio trovava sospetta una tale distinzione (6). Cosa importa, diceva egli, che la parola *libera* sia unita nella procura alla parola *amministrazione*? Forse la semplice facoltà di amministrare, conferita senza l'avverbio *liberamente*, esclude una libera amministrazione? Esaminate tutt' i poteri cotanto estesi di un amministratore generale: che vi à mai di più libero, di più largo? Nè l'epiteto *libera*, nè l'epiteto *liberrima*, potrebbero aumentarne la naturale estensione.

In verità, i dottori si prevalgono della legge 58, D., *De procurat.*, nella quale si trova investito del diritto di permutare un tale cui era stata conferita *generaliter* una *libera amministrazione*. Io confesso, dice Vinnio; ma sostengo che al mandatario generale si appartiene la medesima facoltà, ogni qualvolta la necessità e lo stato della sua amministrazione ciò esigano. Altrettanto ne dico della legge 9, § 4, D., *De acq. rer. dominio*, e del § 4 delle Instituta, sotto il titolo *De rer. divis.*; imperciocchè questi testi, in cui vedesi figurare un procuratore *cum libera*, non debbono essere intesi in un senso assoluto, cioè: che quel procuratore può vendere, non già indistintamente, talune cose affidate alla sua amministrazione, bensì quando esiste una vera necessità. Ma ciò che aggiunge mai alle facoltà del procuratore *cum libera*? il mandatario generale *simpliciter* non à forse il medesimo diritto? Vinnio dà termine alla sua dissertazione con giovarsi del sentimento di Donean (7), da cui ben di rado si allontana.

Pothier, dopo aver ricordata ed analizzata l'argomentazione di Vinnio, dichiara di non potersi decidere (8). Ma l'articolo 1988 (1860 LL. civ.) tronca la questione nel senso di Vinnio. Una procura, ogni qualvolta è concepita in termini generali, comprenda i soli atti di amministrazione, ed il procuratore generale, an-

(1) Deluca, *De cambiis*, disc. 13, dà per esempio il mandato fatto dall' appaltatore delle imposizioni del papa per l'amministrazione di questo appalto a Roma solamente, e chiama il procuratore *institor generalis*, n° 7.
(2) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 87.
(3) *Id.*, n° 87.
(4) Hilliger su Donean, lib. 18, c. 12, n° 30, nota (29).
(5) *Id.* n° 32, nota (31).
(6) *Verum mihi haec distinctio suspecta semper visa est* (*Quaest. select.*, lib. 1, n. 9).
(7) Lib. 4, com. 15.
(8) N° 145.

cor quando si fosse detto nel mandato ch'egli à la libera amministrazione, la libera facoltà di amministrare, non può darsi ad atti di disposizione senza un espresso mandato.

Questa è la legge.

Ciò non ostante, allor quando una procura, generale ne' suoi termini, conferisce specialmente talune facoltà che menano a qualche cosa di più degli atti di amministrazione, convien vedere se tali facoltà speciali conducano necessariamente all' esercizio di certe altre facoltà di disposizione, le quali, quantunque non comprese in modo espresso nelle particolarità della procura, vi rientrano intanto per la forza delle cose (1).

277 A tal proposito, io leggo queste parole nelle note dell' opera elementare di Zacchariae: « Non bisogna confondere il mandato generale « con quello che l' articolo 1988 (1860 LL. « civ.) chiama un mandato conceputo in ter- « mini generali. Un mandato speciale può es- « sere conceputo in termini generali; ed il man- « dato conceputo in termini generali non è mi- « ca un mandato generale, anche quando fos- « se stato fatto per tutti gli affari del mandan- « te (2). »

A me sembra che sì fatta osservazione manchi di esattezza. L' articolo 1988 (1860 LL. civ.) à in veduta il mandato generale (3) di cui à discorso l' articolo 1987 (1859 LL. civ.): suo scopo è quello di porre termine alla controversia lasciata da Pothier *sub judice*. la quale aggiravasi sulla interpetrazione della procura conceputa in termini generali amplificati con l' addizione del *cum libera*. L' articolo 1988 (1860 LL. civ) à voluto affatto semplicemente allontanare da tale addizione un senso assai poco certo perchè avesse un' estensione tanto assoluta : ma non è vero ch' esso viene applicato ai termini generali i quali rinvengonsi talvolta ne' mandati speciali. Spesso il mandato, benchè speciale, dà al mandatario la facoltà di agire con una grande libertà per la riuscita di un affare ; a cagion di esempio : « Compratemi la tale casa per 40,000 franchi. « Ciò non ostante agite per lo meglio degl' in- « teressi miei. lo tutto ratificherò. » Una tale procura, malgrado i termini generali de' quali fa uso per conferire al mandatario la libertà di agire, non esclude gli atti di disposizione che sono necessari per giungere alla precisa cosa di cui il mandato costituisce incarico al mandatario. Quindi, se la compra non potesse farsi senza oltrepassare il prezzo di 40,000 franchi, e convenisse offrirne 45,000, il mandatario avrebbe nel suo mandato la facoltà di contrarre una tale obbligazione in nome del suo mandante, e costui sarebbe tenuto di approvarla. Del rimanente, così à formalmente giudicato la Corte reale di Parigi con arresto del 17 marzo 1827 in un caso assai meno favorevole del suddetto, imperciocchè il mandatario era fin giunto ad ipotecare i beni del suo mandante (4). Gli antichi giure onsulti confermano per altro la mentovata distinzione fra i termini generali della procura generale, ed i termini generali della procura speciale *Differunt vero generalis cum libera*, dice Hilliger, *et specialis cum eadem* (5).

278. Ma ritorniamo alle procure generali. Abbiamo detto che queste non sono considerate comprendere di diritto se non se gli atti di amministrazione. Gli atti di amministrazione, sieno grandi in qualunque modo, sono ivi compresi tanto necessariamente per quanto sarebbero ove fossero stati espressamente menzionati (6).

Laonde, il mandatario generale potrà, senza dubbio, fare affitti per una durata ordinaria(7), di tre, sei, nove anni (8), e per conseguenza congedare i conduttori, o pur procedere giudiziariamente per lo scioglimento de' contratti di locazione ove costoro abusassero della cosa locata (9).

279. Ma potrà egli fare affitti per un tempo maggiore di tre, sei, nove anni ? No. Gli affitti di una maggior durata sanno più dell' alienazione, e sono un impaccio pel proprietario (10). L' articolo 1429 del Codice civile (1400 LL. civ.) somministra quivi un argomento di giudicare, il quale è decisivo (11).

280. Nulladimeno, se l' immobile locato fosse un territorio incolto che fosse stato affittato per diciotto o ventisette anni, a cagion di esempio, con l' obbligo di dissodarlo e di ridurlo a vigneto o a prateria, un tale affitto po-

(1) Argomento da un arresto della Corte di cassazione del 22 febbrajo 1834 (Dal., 34, 1, 228).
(2) T. 3, p. 126, nota (2).
(3) Osservazione del Tribunato sull'articolo 1988 (1860 LL. civ.), di cui esso è l'autore. « In questa materia la legge è questa, che il mandato, *per quanto sia generale*, non può giammai comprendere la facoltà « d' ipotecare. » — Fenet, t. 14, p. 575, 576.
(4) Davill., 8 2, 346.
(5) Su Doneau, lib. XVIII, c. 12, n° 32, nota (31).
(6) Doneau, lib. XVIII, c. 12, n° 32.
(7) Pothier, n° 148.
(8) Articolo 481 Codice civile (404 LL. civ.).—Articolo 1429 (1400 LL. civ.).—Miei comenti della *Locazione*, t. 1, n° 145, 149, 151, e della *Società*, t. 2, n° 687.
(9) Mio com. della *Locazione*, t. 1, n° 158.
(10) *Id.*
(11) *Id.* n° 151.

trebbe oon oltrepassare i limiti d' una procura generale (1). Sarebbe questo un evidente miglioramento, ed il mandatario avrebbe fatto assolutamente l'affare del mandante. E questo sarebbe il caso di dire con Jason. « *Limita quando mandatum pinguius adimpletur* (2). »

281. Quantunque in generale le compre e le vendite fossero atti di disposizione, ci sono intanto molti casi ne' quali la facoltà di amministrare abbraccia il diritto di comprare e di vendere. Per esempio, l' amministratore generale di una fortuna che comprende vigne, masserie, ecc., può comperare i concimi, i pali per le viti, gl' istrumenti aratori, le botti, ecc., ecc.

Può egli comperare i materiali necessari per fare le riparazioni, e contrattare con gli operai (3).

282. Può vendere i ricolti, gli allievi degli animali, le lane delle gregge, le cose venderecce per natura, e tutte quelle che non possono essere conservate senza correr rischio di lasciarle guastare (4). *Fructus, aut alias res quae facile corrumpi possunt* (5)

283. Sì fatta verità diventa ancor più chiara quando la procura generale viene applicata ad un commercio il cui giro deve alimentarsi mediante una continua vicissitudine di provviste e di spacci. Per quanto fosse generale la procura di cui il mandatario è investito, si può dire ch' essa sia virtualmente speciale per comperare o per vendere (6).

284. Ma, per andar più oltre di queste compre e di queste vendite le quali sono una parte necessaria della stessa amministrazione, il mandatario dovrebbe provvedersi di un mandato speciale È chiaro, per esempio, ch' ei commetterebbe un reprensibile abuso qualora alienasse le cose che debbe solamente amministrare, e qualora, nel negozio di cui è l' institore, vendesse gli edifizi che sono la sede dello stabilimento, ecc.. ecc.

285. Il prestito, allorquando è tenue, non oltrepassa i limiti di una ben regolata amministrazione (7). Ò stabilito questo punto nel mio comento della *Società*, con l' appoggio delle più accurate e delle più gravi autorità (8). Ci à un gran numero di casi urgenti ed impreveduti nei quali il mandatario generale, trovandosi nell' impossibilità di soddisfare alle pronte spese, è nella necessità di procurarsene i mezzi con i prestiti. La cosa importante ad osservare si è che questi prestiti non oltrepassino i limiti dell' amministrazione e non portino via *una grande ovvero una buona parte delle sostanze del mandante*. Io suppongo che un colpo di vento straporti un tetto, faccia cadere un muro di ricinto, ecc., ecc. : chi mai potrebbe dubitare della legittimità di un prestito contratto per eseguire sì fatte riparazioni ?

Nel commercio, si può anche concepire maggiore estensione nell' interpetrazione della procura. E ne decidano i fatti.

Per esempio, io v' incarico di effettuare il commercio per me ed in mia vece nella città di Nancy, ed è conosciuto che per fare andar innanzi tal commercio voi siete nella necessità di sottoscrivere biglietti ad ordine ovvero di prendere in prestito, nel modo onde avrei io stesso dovuto fare se fossi stato presente. Niuno dubbio che voi non avete agito ne' termini del vostro mandato generale. Questa è la dottrina di Deluca : *Hinc non improbabiliter de jure dicendum videbatur, sub dicto mandato, seu institoria generali, istam quoque facultatem contineri, quoniam procuratore constituto ad aliquid agendum, demandata censentur omnia ea quae pro eo negotio explendo necessaria sunt; illa praesertim quae de communi usu fieri solent, et quae verisimiliter idem principalis, pro eodem negotio explendo, faceret.*

Queste ultime parole meritano d' essere osservate (9).

Il mandatario può ancora fare un prestito a sè stesso, quando ciò avvenga per sgravare il mandante di più forti interessi (10).

286. Il mandatario potrà forse ipotecare per tali prestiti ? Pothier opinava per l' affermativa (11). Ma il suo parere mi sembra difficilmente ammessibile. Per potere ipotecare, bisogna si possa alienare ! Ora, il mandatario non può alienare se non che le sole cose che sono soggette a deperimento o pur che sono venderecce per loro natura ; ei non può alienare gl' immobili appartenenti al suo mandante : e però come mai potrebbe darli in ipoteca (12) ?

287. Il mandatario generale raccoglie tutto ciò che è dovuto al mandante, e ne rilascia validamente quietanza (13).

(1) Pothier, n° 148.
(2) Sulla legge *Si procurator*, C., *De procurat.*
(3) Pothier n° 149 — Mio com. della *Società*, l. 2, n° 683.
(4) Mio com. della Società. l. 2, n° 682.
(5) Modest., l. 63, D., *De procurat.*
(6) Mio com. della Società. l. 2, n° 682.
(7) Pothier, n° 160.
(8) N° 684.
(9) *De cambiis, disc.* 13, n° 6 a 7. — *Infra*, n° 319. — Marquardus, lib. 2, c. XI, n° 56.
(10) Deluca, *loc. cit.* — Ulp., l. 12, § 9, D., *Mandati.*
(11) N° 160.
(12) V. il mio comento della *Società*, n° 686, nel quale si rinverranno talune altre particolarità.
(13) Mio com. della *Società*, n.i 688 ed 866. — Pothier, *Mandato*, n° 150, l. 34, § 3, D., *De solut.*

288. Ma qanlora, in cambio di ricevere la stessa cosa di cui il mandante è creditore, egli, mediante una novazione, sostituisse un' obbligazione ad un' altra obbligazione che il debitore formasse in luogo della prima, si avrebbe quivi un eccesso di potere, il quale, secondo me, non addiverrebbe legittimo se non per quanto l'effettuata novazione tornasse utile al mandante (1).

289. Il mandatario generale può fare pegnoramenti di mobili in danno de' debitori (2).

290. Ma un pegnoramento d' immobili non può esser fatto se non se in forza d' una procura speciale. Questa specie di esecuzione porta seco considerevoli spese nelle quali il mandatario non deve mica impegnarsi senza un' espressa facoltà (3).

291. Il mandatario generale può eziandio, in nome del mandante, avanzare citazioni, intentare azioni personali e mobiliari, azioni possessorie (4), e quelle altre che concernono gli affari correnti ed ordinari (5). Conviene intendere a questo modo le seguenti parole di Doneau (6):

« Primum hoc statuamus, cuiuumque omnium bonorum administratio aut omnium actionum potestas permissa est, etiam eum, quavis ex causa, nomine domini, *pecunias exigere posse. et rem in judicium deducere* sine alio speciali mandato. »

292. Ma ei non potrebbe intentare quelle azioni la cui riuscita potrebbe apportare la perdita degl' immobili, la disposizione de' quali gli è interdetta (7).

293. Il mandatario generale può resistere alle azioni possessorie, e personali e mobiliari (8). Non può sostener giudizi contro quelle azioni le quali possono compromettere la proprietà degl' immobili (9).

294. Ei può deferire giuramento, ma soltanto allorchè mancano gli altri mezzi che sono atti alla dimostrazione de' diritti del mandante (10).

295. Ma non può nè transigere (11), nè compromettere, nè prolungare le giurisdizioni, nè rinunziare all' appello o ad una prescrizione acquistata (12), nè mallevare, nè accettare donazioni (13), nè ingerirsi in un'accettazione di successione (14).

296. Non può nè anco fare la rimessione di un debito (15), eccetto quando ciò fosse per accordar dilazione, siccome ò detto nel mio comento della *Società* (16). A maggior ragione ei non può affatto donare. Ciò non ostante, vi sono doni di tenui somme, e lievi gratificazioni che può fare agl' impiegati ed alle persone di servigio (17).

297. Può pagare, con i danari della sua amministrazione, le spese che a questo ànno rapporto (18), e può anche soddisfare que' creditori che si presentano con titoli esigibili (19), ecc., ecc.

298 Allor quando il mandatario à fatto taluni atti che oltrepassano i limiti del suo mandato, sia che fosse generale il suo mandato e ch'egli avesse impreso certe cose le quali non potevano da lui esser fatte se non in forza di un mandato speciale, sia che il suo mandato fosse speciale ed egli si fosse dipartito dalla sua specialità; in tutti questi casi converrà osservare (siccome *supra* (20) abbiam detto) se la sua operazione potrà reggere sotto l'aspetto di *negotiorum gestio*, e, almeno sotto questo rapporto, produrre qualche effetto (21).

299. Imperciocchè, se è vero che quando il mandante non trovasi lontano dal mandatario, sia nella costui prudenza il consultare il mandante pria d' imprendere cosa alcuna (22), non si può fare a meno di non riconoscere come vi sieno numerose circostanze nelle quali la lontananza del mandante e l'impossibilità di prendere

(1) L. 20, § 1, D., *De novat.: Si hoc pupillo expediat.* — Pothier, n° 150.
(2) Pothier, 151. — Mio com. della *Società*, n° 688.
(3) Pothier, n° 151.
(4) L. 12, D., *De pactis*. — Mio com. della *Società*, t. 2, n° 691.—Pothier, n° 152.
(5) Pothier, n° 153.
(6) Lib. 18, c. 12, n° 32.
(7) Ulp., l. 7, § 3, D., *De jure delib.* — Mio com. della *Società*, t. 2, n° 691.
(8) Mio com. della *Società*, t. 2, n° 695.
(9) *Id.*
(10) L. 17, § fin. 35, D., *De jurejur.* — Pothier n° 156. — Hilliger su Doneau, lib. XVIII, c. 12, n° 33, nota (33).
(11) Mio com. della *Società*, t. 2, n° 690. — Paolo, l. 60, D., *De procurator.*
(12) Hilliger su Doneau, lib XVIII, c. 12, n° 33, nota (33).
(13) Articolo 933 C. c. (857 riformato LL. civ.).
(14) Pothier, n° 162.
(15) Cajo, l. 7, § 1, D., *Quon. pign. solo.*
(16) T. 2, ni 688, 689. — Pothier, n° 165.
(17) Mio com. della *Società*, t. 2, n° 689.
(18) L. 59, D., *De procurat.*
(19) L. 87, D., *De solut.* — Pothier, n° 158.
(20) N° 74.
(21) Pothier, n° 147. — *Infra*, n° 351.
(22) Casaregis, *disc.* 125, ni 21, 22. — *Disc.* 119, n° 63.

i suoi ordini mettano il mandatario cui stanno a cuore gl' interessi commessi alle sue cure, nella necessità di agire immantiuente, e di prendere da sè stesso una pronta determinazione (1).

Per la qual cosa, in molti casi ne'quali l'operazione sarebbe meritevole di censura come atto di mandatario, essa potrà reggere qual *negotiorum gestio*, allor quando vi era evidente utilità nel darsi alla stessa operazioue, e quando la condotta del mandatario è comprovata da una buona amministrazione Questa verità sarebbe soprattutto evidente se l' eccesso fosse tornato ad utile del mandante : « *Dum talis excessus in utilitatem et lucrum vertitur sui corrispondentis* (2). »

Aggiungiamo che se il mandante à conosciuto l' eccesso ed à serbato silenzio, si potrà legittimamente ed agevolmente supporre una approvazione per parte sua. A questo modo osserva Jason : « *Limita quando procurator ha « bens mandatum limitatum excedit fines « mandati*, DOMINO SCIENTE ; *tunc ei non « praejudicat* (3). »

300. Ma sì fatto convertimento del mandato in *negotiorum gestio* non potrebbe avvenire, ove il mandatario avesse agito con leggerezza, imprudenza e sconsideratezza.

301. E soprattutto non potrebbe avvenire, quando il mandatario avesse addimostrato mala fede ; a cagion d' esempio, se avesse oltrepassato i limiti del mandato per favorire i suoi propri interessi. « *Quatenus*, diceva Scaevola, *res « ex fide agenda esset* (4). » Le mire interessate del mandatario sono una cagione di accrescimento della sua risponsabilità, e non mai un motivo di scusa.

302. Passiamo ora ai casi ne' quali il mandatario è rimasto al di qua della procura. Ricordisi la regola : *Non est in facultate mandatarii aliquid demere ordini sibi dato.*

Se quindi il mandatario non presenta al mandante se non se una parziale esecuzione, il mandante non è mica tenuto di accettarla : questi à il diritto di ributtarla per lo intero (5). In generale, l' esecuzione del mandato è indivisibile : un parziale adempimento equivale ad inadempimento (6).

303. Questa regola, che sembra rigorosa a prima giunta, è per altro assai conforme alla ragione. Il mandante à spesso il più grande interesse d'avere la totalità della cosa pel cui conseguimento à incaricato il mandatario, ed una parte di tale cosa non può raggiungere il suo scopo. E nel commercio, soprattutto, sono moltissime le pruove della necessità di questa esattezza. Talvolta un provveditore è quegli che conta sulla totalità delle quantità commesse, e che, ricevendone una sola parte, non può soddisfare ai suoi impegni, e compromette il suo buon nome di puntualità: talvolta un negoziante è quegli il quale, conoscendo stare in vendita una partita di mercanzie, desidera divenirne il solo compratore ad oggetto di ritrarre miglior partito dall' esclusivo possedimento che avrà di esse ed il quale riceve un considerevole danno se il suo commissionario della compra, acquistandogliene sole porzioni, gli lascia competitori, ecc. Laonde è chiaro come l'esecuzione parziale costituisca una grave colpa, e come il mandante abbia il diritto di dolersene e di ripudiare l' operazione.

304. Nulladimeno, vi sono taluni casi in cui l'esecuzione parziale non produce nessun progiudizio per lo tutto, ed in cui per conseguenza può farsi una divisione fra ciò che è stato e ciò che non è stato effettuato.

Sentiamo Giuliano (7) :

Io vi fo il mandato di rendervi mio fidejussore per 1000 franchi ; voi vi fate mio fidejussore per soli franchi 900: vi à reciproca obbligazione per questi 900 franchi ; imperciocchè vi ò messo al sicuro per quest' ultima somma ; vi ò posto in salvo dalle inquietudini e dalle ricerche sino alla concorrenza di questi 900 franchi ; e poi, facendovi il mandato per 1000 franchi, vi ò fatto a maggior ragione il mandato per 900 franchi : *In majore summa, minor inest* (8).

Del pari, se da voi io avessi ricevuto una commissione per far assicurare la totalità di un carico di una nave e non ne facessi assicurare se non soli tre quarti, sarei considerato d'avere adempiuto bene al mandato per questa parte, e, se avvenisse una disgrazia, sarei risponsabile di un solo quarto (9).

(1) Casaregis, *disc.* 125, n[i] 23, 24. – *Disc.* 22, n° 31. — *Disc.* 69, n[ii] 13. — *Disc.* 119, n° 56. — Ei dice (*disc.* 125), che ciò è stato trattato *mirobiliter* da Baldo, *com.* 334, n° 1, e dice bene.

(2) Casaregis, *disc.* 125, n° 21.

(3) Sulla legge *Si procurator*, C., *De procurat.* n° 7.

(4) Scaevola, l. 60, § 4, D., *Mandati.*

(5) Casaregis, *disc.* 109, n[i] 9, 10, 11 (nel sommerio): « *Mandans non tenetur ratum habere id quod « contra formam mandati gestum fuit a mandatario; neque in ea parte tantum quae esset conformis man- « dato, licet excessus esset solum in minima parte.* » — E nel testo: « *Non essendo adempita la forma del « mandato, non è tenuto il mandante osservare e ratificare ciò che vien fatto dal mandatario, nè meno ri- « spetto a quella parte nella quale avesse operato in conformità del mandato.* E ciò procede quando l' ecces- « so del mandato *consistesse in una piccola*, anzi *menomissima parte.* » — Vedete *infra*, n[i] 340 e 399. — *Supra*, n° 260.

(6) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 121.

(7) L. 33, D., *Mandati.* Pothier, 95.

(8) Favre, *Ration.* su questa legge.

(9) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 93, *in fine.*

305. Ramon aveva incaricato il signor Gayral d' acquistargli cinquanta barili di acquavite. Sulla totalità della spedizione fatta da Gayral, si trovò che soltanto trentanove barili erano di buona qualità ed a seconda degli ordini dati: il resto non era affatto accettabile. Ramon rifiutò la spedizione pel tutto, pretendendo che non aveva comperato se non per rivendere, e che avendone il suo compratore rifiutata la consegna, era egli fondato a farne altrettanto riguardo al suo commissionario. Nulladimeno la Corte reale di Montpellier non accolse sì fatta domanda, e con arresto del 10 luglio 1829, confermato in cassazione nel 6 aprile 1831 la Corte condannò Ramon a ricevere i trentanove barili (1).

306. In questa materia, bisogna consultare le circostanze, valutare l' intenzione presunta del mandante, e rannodarla ai termini del mandato ed alle operazioni da eseguirsi (2). Ma, in generale, si farà prevalere la regola della indivisibilità dell' esecuzione, e non si dovrà dipartirsene se non quando vi saranno ragioni gravi ed evidenti di venire in soccorso del mandatario.

307. L' insufficiente esecuzione del mandato può essere considerata sotto un rapporto diverso da quello della quantità e del numero. Si può, in fatti, qualificare insufficiente quell' esecuzione la quale rimane al di sotto della volontà del mandante sotto il rapporto della qualità, dell' intrinseca bontà, e delle altre condizioni che costituiscono nel commercio il valore d' una mercanzia: *Quae qualitas aut bonitas*, dice Casaregis, *aut perfectio, juxta respectiva rerum aut mercium genera, considerari etiam debet quoad* SAPOREM, ODOREM, SONUM, COLOREM, NOVITATEM, RARITATEM *et hujusmodi* (3). Se ne è veduto un esempio nel caso avvenuto a Ramon, in cui la Corte reale decise che undici barili di acquavite non conformi alle qualità richieste resterebbero per conto del commissionario (4).

308. Non solamente l' esecuzione non debbe andare nè contro, nè al di là, nè al di qua della procura; ma non deve nè pure allontanarsi dalle estrinseche circostanze e dal modo di esecuzione (5). Queste estrinseche circostanze del mandato costituiscono parte dello stesso mandato, e non potrebbero essere trascurate.

Eccone un esempio tratto dalla giureprudenza della Rota di Genova (6):

Taluni mercanti di Palermo avevano ricevuto da Girolamo de Marini la commissione di comperare una certa quantità di grano, e di spedirgliela nello stesso modo con cui spedir dovevano i grani di Nicola loro padre e zio. Ma i mercanti di Palermo, in vece di seguire sì fatta indicazione, caricarono una sola porzione del grano destinato a Marini sul naviglio che doveva portare a Genova i grani di Nicola; ed affidarono il restante ad una piccola barca che doveva ire a Livorno e che era comandata dal Capitano Gian-Paolo. I grani diretti per Genova arrivarono felicemente; ma la piccola barca di Gian-Paolo naufragò col suo carico nel tragitto. I negozianti siciliani chiesero intanto da Girolamo de Marini il prezzo de' grani comperati da essi loro e spediti. Marini ricusò, sostenendo che i grani perduti sul naviglio di Gian-Paolo non dovevano andare in suo danno, e che dovevano cedere per conto degli spedizionieri i quali non avevano eseguito il mandato nella forma prescritta. Si piatì dall' una e dall' altra parte presso la Rota di Genova con le più forti e speciose ragioni.

Dicevano i negozianti siciliani: Non è forse un eccessivo rigore quello di volere l'esecuzione del mandato *ad unguem?* Non si può egli eseguire un mandato con equivalenti (7)? Le leggi romane non ne contengono forse l' espressa autorizzazione? Ora, cosa importa che noi abbiamo spedito la totalità del grano con l'istesso mezzo che à trasportato quello di Nicola? Noi, desiderosi di servir Marini con tutta la possibile prestezza, ci siamo valuti pel trasporto di un altro naviglio, supponendo che assai poco importasse esser tale o tale altro quello che portasse la mercanzia. In ciò, abbiamo agito nel miglior modo che si poteva, per seguire l' intenzione del committente e fare quello ch' esso stesso avrebbe fatto ove fossesi trovato nel nostro caso.

Ma rispondeva Marini con insistere sul principio che il mandato debb' essere eseguito nella forma prescritta e *ad unguem*: ei citava i dottori e le leggi per dimostrare che il mandatario è carente di azione allor quando, anche nelle piccole cose (*etiam quod in modico consisterent*), oltrepassa gli ordini che gli sono trasmessi (8). In fatti, egli aggiungeva: Vi siete senza dubbio affrettato nel fare la spedizione: ma voi non l' avete effettuata con le circostanze e con le condizioni determinate nel mandato. Io voleva che il mio grano mi fosse spedito nello stesso modo col quale s' inviava quello di Nicola, ed avevo in ciò le mie ragioni; imperciocchè

(1) D. 31, 1. 117. Vi fu discordanza di opinioni nella Corte reale.
(2) Argomento da quanto dice Giavoleno, l. 36, § 2 e 3, D., *Mandati.*
(3) *Disc.* 176, ni 4 e 7.
(4) D. 31, 1, 117.
(5) *Infra*, n° 399.
(6) Doria, 174.
(7) L. 62, § 1, D., *Mandati.* — (Scaevola.)
(8) *Supra*, n° 303, la citazione di un passo di Casaregis alla nota. — V. pure il numero seguente.

essendo Nicola vostro padre e vostro zio, avevate interesse a ben servirlo, ed io voleva profittare della speciale sollecitudine che avreste usato nel fare la spedizione di lui. Voi, per l'opposto, caricate i miei grani sur una fragile barca, in cambio di un naviglio che fosse atto a resistere alle onde, siccome era quello che à trasportato i grani di Nicola; mi dirigete a Livorno i miei grani, mentre che quelli di Nicola dovevano salpare per Genova, ove m'importava ch' essi sbarcassero; voi siete in colpa evidentemente. Ora, a che parlate di equivalenti? Non sono questi ammessibili quando il mandato è conceputo in una forma precisa (1): ma la forma precisa deve regolare l'esecuzione (2).

Sopra tali ragioni, la Rota di Genova rigettò la domanda istituita dai negozianti siciliani (3).

309. La non conformità dell'esecuzione, considerata sotto i diversi punti di veduta che antecedono l'esecuzione istessa, non toglie che la si giudichi con severità quando si versa su minime cose. Tutti gli autori ne fanno l'osservazione: « *Licet excessus esset solum in minima* « *parte*, dice Casaregis (4); *ex mandato age-* « *re non potest* (stabiliscono le decisioni della « Rota di Genova), *qui non servavit illud, et* « *ejus qualitates, etiam quod in* MODICO CON- « SISTERENT (5). »

La giureprudenza inglese non è meno precisa: « Il mandatario deve attenersi strettamen- « te al tenore de' suoi ordini; imperciocchè un « deviamento, anche *in una più piccola circo-* « *stanza* (6), lo espone a fare un' ampla satisfa- « zione dell' intera perdita che può derivare « dalla inosservanza del mandato (7). »

310. Inoltre si è veduto non esservi nessun caso in cui gli equivalenti fossero ammessi contro il preciso tenore della procura (8). In vero, niuna cosa è più certa. Il mandante à avute le sue ragioni per dare anzi tale ordine che tale altro; e da uomo che conosceva così i suoi interessi che l'operazione ed il modo di esecuzione, à preveduto il bisognevole. Perchè mai il mandatario si fa a sostituire altre combinazioni? Perchè mai credesi più savio del mandante, egli, il quale deve ubbidire al mandato e non costituirsene giudice? Allegherebbe in vano per pretesto, essere state buone le sue intenzioni: non si può averne considerazione, giacchè queste non sono mica sufficienti per esonerare da una colpa (9).

311. Ciò non ostante, questa regola soffre talune eccezioni.

La prima à luogo quando il mandatario si è trovato arrestato da una positiva impossibilità la quale non permettevagli di eseguire il mandato con i mezzi indicati, e si à motivo di supporre che se il mandante avesse conosciuto l'impedimento avrebbe autorizzato l'uso dei mezzi equivalenti (10). « *Mandatarius excusa-* « *tur*, dice Scaccia, *quando non poterat man-* « *datum aliter exsequi, seu non constat quod* « *potuerit exsequi*; *quo casu, sufficit quod* « *illud adimpleat per aequipollens, seu fa-* « *ciat vicina mandato* (11). »

Ma non bisogna ritenere per impossibilità radicale, nel modo appunto che intendiamo noi, un imbarazzo, un ostacolo che possono esser tolti con qualche spesa maggiore della spesa preveduta.

312. Per esempio, taluni mercanti di Ancona avevano dato la commissione a varî mercanti di Napoli di comperare certe mercanzie, di farle portare ad Ancona senza cambiar naviglio, e di farle assicurare mediante un premio che credevano essere del sette per cento. I mercanti di Napoli poterono rinvenire al solo prezzo del quindici per cento gli assicuratori che volessero accettare la condizione di non cambiare naviglio. Per sì fatta difficoltà, eglino stimarono più convenevole agl' interessi de' loro mandanti il prendere un' assicurazione al sette per cento, senza attendere all' obbligazione di non cambiare naviglio. Nel tragitto, le mercanzie furono caricate sur un'altra nave, e naufragarono sulla nuova barca che le portava. Questione di conoscere se la perdita dovesse restare pel commissionario. Stracca decide (12) che i mercanti napolitani erano risponsabili. I mercanti d' Ancona avevano fatto più mandati: 1° comprare, 2° spedire, 3° far assicurare con la condizione di non cambiare naviglio. Questa condizione era notabile oltremodo; i negozianti vi attaccano generalmente una grande importanza. Se non era affatto possibile trovare assicuratori al sette per cento, non biso-

(1) *Ubi tradita est certa forma* (nⁱ 8 e 9). — *Junge* n° 12.
(2) *Tenetur praecise et* TENACITER *servare* (n° 12).
(3) Decis. 174. — Toubeau à sfigurato la suddetta specie ed à travolte le parti (p. 115).
(4) *Disc.* 119, nⁱ 9, 10, 11.
(5) Decis. 174, n° 7. — Il compilatore degli arresti cita in sostegno molti giureconsulti, fra' quali Baldo, Marquardus, lib. 2, c. XI, n° 46.
(6) *Even in the most minute particular.*
(7) *Lex mercatoria* (London, 1815, p. 46). — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, nⁱ 104 e 93.
(8) Nella decisione 174 della Rota di Genova, nⁱ 8, 9, 12.
(9) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 100.
(10) Casaregis, *disc.* 185, n° 53. — *Infra*, n° 367.
(11) § 2, *glos.* 5, n° 370. — Casaregis, *disc.* 125, nⁱ 23, 24.
(12) Stracca, *Mandati*, 39.

gnava sacrificare una sì saggia precauzione : conveniva, o dare avviso ai committenti, ovvero assumere a proprio rischio il far assicurare al quindici per cento (1) ; ma è evidente che nessuna insormontabile necessità costringeva a non tenere nessun conto della condizione di non cambiare naviglio (2).

313. La seconda opinione à luogo quando i mezzi di esecuzione àn procurato al mandante il risultamento che voleva ottenere (3): « *Adimplementum per aequipollens de jure permissum est, dummodo idem sequatur effectus.* »

Questa regola di Casaregis (4) è desunta dalla legge 62, § 1, D., *Mandati.* « Lucio Tizio « aveva scritto a Cajo : lo v' incarico di malle- « vare Mevio presso Sempronio da cui deve ri- « cevere 1000 in imprestito. Quel che Mevio « non sarà per rimborsarvi, vi sarà pagato da « me, contro la presentazione di quest' ordine « scritto di mio pugno. » Cajo non si rese precisamente fidejussore di Mevio, ma si limitò a scrivere a Sempronio di prestargli i 1000; ciò che fu fatto. Poichè l' esecuzione del mandato non era conforme assolutamente, si questionò se v'era luogo all' azione *mandati.* Scaevola non esita a rispondere che debba aver luogo si fatta azione. In vero, cosa voleva il mandante? Che il suo amico Mevio potesse procurarsi il danaro di cui aveva bisogno. E quindi che gl' importa del mezzo posto in opera dal mandatario, quando si è conseguito quel risultamento? L' ordine dato da Cajo a Sempronio, di numerar la somma a Mevio, non à forse prodotto il risultamento medesimo che attendevasi dalla fidejussione? Senza dubbio ; e però di che cosa potrà mai dolersi il mandante (5)?

A ciò si rapporta un caso esposto dal Cardinal Deluca (6).

Il duca di Mantova, non avendo danaro, e non attentando prenderlo ad imprestito sotto il suo nome in un modo ostensibile, *pro quadam honestate*, si servì del nome di terze persone che incaricò di procurargli 60mila scudi da un certo abate Loredan; promettendo di tener coloro liberi ed indenni. Loredan potè mutuare 40mila scudi soltanto. Queglino che prestarono i nomi presero a mutuo *i* 20mila scudi da Galeazzo Canossa. Dopo la morte del duca, la *camera* ducale pretese di non dover adempiere veruna obbligazione per quanto risguardava il prestito di 20mila scudi, perciocchè questo era stato effettuato contro il tenore della procura, la quale designava per mutuante il solo abate Loredan non già Canossa.

Ma una tale pretensione fu giudicata cattiva da Deluca. Il duca aveva designato l' abate Loredan solamente perchè supponeva che costui era nel caso di mutuare i 60mila scudi; e non aveva indicato i mezzi di esecuzione se non per conseguire l' intento. Sono stati adoperati altri mezzi, ma essi àn sortito parimente la buona riuscita : e l' esito dimostra che il mandatario è stato assennato, savio, e che à bene amministrato. I suoi atti adunque debbono essere ratificati, e sarebbe meramente capriccioso da parte del mandante il rifiutarvisi. Fa d' uopo considerar l' effetto, non già la forma : *effectus potius*, dice egregiamente il cardinal Deluca (7), *quam formalitas verborum attenditur.*

314. Ma facciamo attenzione ad una cosa. È vero che, in certi casi, gli equivalenti sono ammessi nell esecuzione , ma non sono affatto ricevuti quando trattasi dello stesso obbietto del mandato, o, come dice il cardinal Deluca, *quando immutatur substantia rei* (8). Il mandatario non può fare una cosa diversa da quella che gli è stata commessa (9). Quando anche ci avesse impossibilità di eseguire il mandato, il mandatario non è facilmente ammesso a dipartirsi da sì fatta regola (10). Ove sia impedito da una fisica impossibilità , ei deve, generalmente parlando, darne avviso al mandatario, ed astenersi. Ma il sostituire una cosa ad un' altra è una risoluzione assai grave che non si tollera mica agevolmente (11).

315. Ciò non ostante, allorchè è dimostrato che il mandatario, colpito alla sprovvista da un caso inopinato, à provveduto all' interesse del mandante con un vantaggioso deviamento dal mandato, può egli essere scusato come *negotiorum gestor* (12).

316. Del rimanente, i precetti su i quali noi abbiamo insistito, e che attendono all' obbligo che incumbe al mandatario di eseguire il mandato *in forma specifica*, sono applicabili quando

(1) Ni 42, 43.
(2) *Junge* Marquardus, lib. 2, cap. 11, n° 47. — Toubeau à preso il controsenso di una tale decisione (p. 117).
(3) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 106.
(4) *Disc.* 198, n° 13, nel sommario. — *Junge* Deluca, *De credito, disc.* 84, ni 4 e 5.
(5) V. sul proposito i *rationalia* del presidente Favre.
(6) *De credito, disc.* 84.
(7) *De credito, disc.* 84, n° 4.
(8) *Loc. cit.*
(9) *Non debet mandatarius*, dice Favre, *aliud facere quam rogatus est. Sed ipsum quod rogatus est, alio modo facere non prohibetur.* — *Infra*, n° 359.
(10) *Infra*, ni 359, 360.
(11) Delamarre e Lepoitevin, t. 2. n° 106.
(12) Casaregis, *disc.* 69, n° 13. — *Disc.* 36, n° 13. — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 118. — *Infra*, n° 360

la procura è precisa, chiara ed imperativa (1). Ma ogni qualvolta appresenta qualche dubbio, ovvero lascia al mandatario una certa latitudine di esecuzione, si può essere meno severo per costui. Il mandante è quegli che à trasmesso l'ordine; toccava a lui di dare all'ordine stesso la forma positiva che gli manca; ed a lui toccava di spiegare le sue intenzioni con termini espressi e con rigorosa esattezza. Il dubbio viene interpretato contro di lui; e per quale ragione? Casaregis lo à spiegato assai giustamente: « *Verba obscura, dubia, aequivoca,* « *semper interpretari debent* CONTRA SCRIBENTEM, *praecipue inter mercatores, qui* « *semper cum candore et absque ullo actificio gerere debent in negotiis* (2). »

317. Per esempio:

Il committente, dopo aver dichiarate le sue intenzioni, si limita spesso a dare al commissionario la facoltà di conformarvisi, lasciandolo libero di agire *per lo meglio de' suoi interessi* (3). Queste sorti di mandati, assai consueti nel commercio, e chiamati da Casaregis *mandata cum libera*, non obbligano il commissionario in un modo preciso a fare tassativamente ciò che si contiene nella lettera di avviso. Basta ch' egli agisca da buon padre di famiglia e nell' interesse del committente (4).

Nigroni di Siracusa doveva una certa somma a Centurioni di Genova, il quale lo pregò d'impiegare una tal somma in comprargli dei grani, aggiungendo che in caso di carico, ei lo pregava dargliene avviso, atteso che voleva fare assicurare la spedizione. Del rimanente, il mandato non aveva nulla che fosse stato precisamente imperativo. Centurioni pareva se ne rapportasse alla prudenza di Nigroni, cui diceva: *Come farete o farete per voi proprio: rimettendomi d'ogni cosa a quel che avrete fatto o farete* (5). Nigroni comperò i grani, e caricolli sur un naviglio che non fu assicurato e che portava altri grani per suo conto particolare. Questo naviglio naufragò. Centurioni pretese dinanzi la Rota di Genova che l'operazione doveva rimanere per conto di Nigroni, il quale non aveva presa assicurazione. Ma la sua pretensione non fu accolta. E si considerò che Centurioni non aveva fatto se non un mandato facoltativo (6) il quale abbandonava l'intero affare alla prudenza ed alla saggezza di Nigroni (7).

318. Inoltre, quando il mandante lascia qualche dubbio, il giudice, regolando internamente la risponsabilità del mandatario, vedrà s' egli à seguito gl' impulsi della buona fede, e s' egli nella sua coscienza à usato l'espediente che sembrava più utile al mandante (8). In questa materia, la naturale buona fede spiega al mandatario ciò che il mandato non à mica spiegato (9).

319 Rimane a far osservare che non è già andare al di là della procura il fare taluni atti i quali, quantunque non espressi, vi sono totalmente virtualmente compresi come conseguenti, antecedenti, e compimenti (10). Si suppone che il mandante non abbia tenuto parola di questi atti perchè à creduto inutile il discorrerne, o pure pel motivo che non v' à pensato; imperciocchè, s'ei vi avesse pensato, ne avrebbe imposto il dovere al mandatario. Si è questo ciò ch' è insegnato dal presidente Favre sulla legge 3n, D., *Mandati*: « *Intelliguntur ea omnia quae credibile sit mandatorem in mandato expressum fuisse, si de iis cogitasset.* »

Laonde la commissione di vendere oggetti mobili dà implicitamente quella di esigere (11), soprattutto se il pagamento è effettuato a danaro pronto contante. Nel commercio, ciò non è affatto dubbioso, e la pratica commerciale ne somministra quotidianamente la dimostrazione. Noi or ora vedremo se il mandato di vendere, non i mobili, ma un immobile, importi il mandato di ricevere il prezzo.

La commissione di obbligarsi comprende quella di pagare (12).

Dare una lettera di cambio per esigerla, è

(1) Paolo, l. 46, D., *Mandati*: *Forma in mandatus servanda est quoties certum sit mandatum; at quoties incertum vel plurium causarum, tunc licet aliis praestationibus exsoluta sit causa mandati*, ecc., ecc. — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, ni 95, 96.

(2) *Disc.* 57, n° 9.

(3) Esempio in un caso riferito da Dalloz, 34, 1, 129, ed anche v° *Avarie*, p. 204.

(4) Cassaz., cam. civ., 22 aprile 1823, D., *Avarie*, p. 204.

(5) *Et multa alia quae important liberam voluntatem*, dice la decis. gen. 180, n° 3.

(6) *Potius verba exhortativa et praecativa* (*loc. cit.*).

(7) *In omnibus se remisit dicto Lucae de Nigrono* (n° 3). — *Totum negotium erat in ejus* LIBERA VOLUNTATE *et* ARBITRIO (n° 4).

(8) Paolo, l. 46, D., *Mandati*. — Cassaz., 22 aprile 1826. D., *Avarie*, p. 205.

(9) A proposito di ciò dice Hilliger: *Quid si mandatum non sit finibus circumscriptum? Reducendum ad praesumptam mandantis voluntatem, ejusque utilitatem*; nec quidvis agere licet; *sed bona fides* NON DEFINITUM DEFINIT. Su Donnau. p. 876, nota (1).

(10) *Supra*, n° 285. — Favre, *Ration.*, sulla legge 12, § 9, D., *Mandati*. — Casaregis, *disc.* 175, n° 3, 198, ni 31, 30, n° 14: « *In mandato antecedente continetur et subsequens. Mandata mercatorum tacite* « *comprehendunt omnia alia mandata necessaria ad peragendum id quod juxta eorum stylum fieri solet, et* « *quae mandantibus utilia sunt.* » — *Junge* Deluca, *De cambio*, *disc.* 13, n° 7.

(11) Legrand su Troyes, t. 9, art. 159, n° 28, *in fine*. — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 110. — Toubeau, p. 116. — Casaregis, *disc.* 30, ni 14 e 15.

(12) Celso, l. 47, D., *De cond. indebit.*

dare la commissione di farla protestare in caso di bisogno.

La commissione di vendere un immobile e di riscuoterne il prezzo contiene il mandato implicito di regolare gli onorari del notajo (1), del pari che ricevere il prezzo tanto dalle mani dell' acquirente debitore, quanto dalle mani di un terzo, mediante una cessione (2).

Il mandato di conseguire il pagamento di una somma dovuta, con tutt'i mezzi convenienti, comprende la facoltà di accettare la successione cui il debitore era invitato ed alla quale costui à rinunziato articolo 788 Codice civile (705 LL. civ.) (3). Esso contiene ezinndio la facoltà di ottenere il pagamento con tutt' i mezzi di esecuzione, ed anche col pegnoramento degl'immobili (4).

Quegli che à il mandato di pegnorare un immobile à il diritto di effettuare la rivendita in danno (5).

La Corte reale di Bordò, con arresto del 9 febbrajo 1829 (6), à giudicato che un fattore incaricato di pagare gli operai aveva potuto, nell' assenza del proprietario, prendere somme ad imprestito per sì fatto bisogno.

Pietro dà facoltà a Paolo di consentire al matrimonio di sua figlia, e di regolare le clausole e le condizioni del contratto. Paolo assegna una dote, e dà in ipoteca, per sicurezza, i beni del mandante. Si può mai contendergli il diritto di dare un' ipoteca sì fatta? No: chè la procura virtualmente contiene una tale facoltà (7). In vano si direbbe che l' ipoteca è un atto di disposizione il quale non è mica nominatamente compreso nella procura, e che il mandato dev' essere espresso perchè si conferisca la facoltà di fare atti di disposizione articolo 1988 (1860 LL. civ.). Ma l' articolo 1988 (1860 LL. civ.) non richiede questa espressione se non quando la procura è conceputa in termini generali; ed esso è privo di applicazione allorchè àvvi un mandato speciale per l' esecuzione del quale l' atto di disposizione è un mezzo essenziale (8).

Il mandato di *rinunziare* e di *transigere* comprende la facoltà di rinunziare ad una eccezione di procedura (9).

320. Ma bisogna porre molta attenzione a non abusare di sì fatta estensione, la quale non è vera se non per quanto vi sia stato nell' intenzione de' contraenti un legame necessario fra l' atto espresso e l' atto che lo segue, e l' antecedente ed il conseguente formino un tutto assieme che non è completo se non con l' atto sottinteso, mentre che senza questo sarebbe incompleto. Si è perciò che Jason stabiliva a questo modo la regola dei conseguenti: « *Fallit* « *quando aliquid veniret in* NECESSARIUM « *antecedens, vel* NECESSARIUM *consequens* « *mandati* (10). »

321. Il legislatore à dichiarato, con l' articolo 1989 (1861 LL. civ.), che la facoltà di transigere non comprenda quella di compromettere, appunto pel motivo che la suddetta intimità non gli è sembrata evidente. Il mandante che à scorto nel suo mandatario una sufficiente abilità per rapportarsene a lui riguardo ad una transazione, non è mica considerato riporre la stessa fiducia nell'arbitro che verrà incaricato della decisione e ch' egli non conosce.

322. Per una simile ragione, la facoltà data per vendere non comprende quella d'ipotecare. L' ipoteca si ricongiunge ad un altro ordine di idee, e ad altri bisogni.

323. La facoltà di vendere un immobile non dà affatto necessariamente quella di esigere il prezzo (11), soprattutto nel caso che siensi accordate dilazioni per lo pagamento (12).

324. La facoltà di prendere a mutuo e d'ipotecare non conferisce il diritto al mandatario di consentire ipoteche per debiti anteriori alla procura (13).

325. Il mandato speciale di riscuotere uno o più crediti non comprende quello di perseguitare i debitori al tempo della scadenza. Il mandante può avere la volontà di usar riguardi e di non spingere le cose a tale estremo da rompere le relazioni di amicizia o da immergerlo in dispendi.

326. Sarebbe cosa inutile lo spinger più oltre l'enumerazione di tali esempî. Del rimanente, i tribunali ànno un sovrano potere per valutare l'estensione di un mandato; ma essi debbono grandemente badare in sì fatta estimazione a non violare l' intenzione delle parti.

327. L' estensione del mandato può talvolta esser regolata dalla natura del consueto ufficio del mandatario. Il commesso per fuori ne

(1) Parigi, 21 aprile 1806. Devill., 2, 2, 137.
(2) Bordò, 22 gennajo 1827. Dev., 8, 2, 316.
(3) Bourges, 19 dicembre 1821. Dev., 6, 2, 501.
(4) Parigi, 23 maggio 1831. D., 33, 2, 22.
(5) Cassaz. 15 pluv. anno XIII.
(6) Dal., 29, 2, 294.
(7) Parigi, 17 marzo 1827 (Dev., 8, 2, 346).
(8) *Id.* — *Supra*, n° 277.
(9) Cassaz., ricor., 26 marzo 1834 (Dal., 34, 1, 230).
(10) Sulla legge *Si procurator*, C., *De procurat.*, n° 6.
(11) Rouen, 9 novembre 1839, Dev., 40, 2, 80; ric., 18 novembre 1824 (Dal., *Mandato*, p. 963. nota (4)).
(12) Toullier, t. 7, n° 23, argomento dalla legge 1, § 12, D, *De exercit. act.* — Duranton, t. 12, n° 51.
(13) Torino, 2 aprile 1811. Devill., 3, 2, 467.

somministra un esempio. Sovente non à egli un mandato se non per ricevere le commissioni e per farle giungere alla sua casa (1): tale altra volta à il mandato di vendere o di comprare (2). Per risolversi fra questi due casi, non è sempre necessario ricorrere alle spiegazioni della casa che lo à preposto, ovvero di pretendere la presentazione del suo mandato scritto. Nel commercio, trattansi gli affari con maggior fiducia; e basta che l'estensione del mandato emerga dalle circostanze (3), dall'usanza osservata dal mandante (4), ecc., ecc.

328. Faremo termine con una osservazione: l'imperfetta esecuzione del mandato non dà diritto di dolersene se non al solo mandante o pure ai suoi eredi. Ma il mandatario non può prevalersi della sua violazione, e farsene un mezzo di nullità (5). Sarebbe forse morale poter lui allegare in suo favore la sua propria mancanza?

E non possono ciò fare nè pur gli eredi dello stesso mandatario. Sarebbe cosa insofferibile ch'essi venissero a prevalersi della colpa del loro autore (6).

Nè anco i terzi vi sono ammessi (7). Il mandante cui vorrebbero opporre l'eccezione di trasgressione potrebbe immediatamente chiuder loro la bocca dicendo ad essi ch'egli à ratificato l'atto del mandatario.

Articolo 1990 (1862 LL. civ.).

Le donne ed i minori emancipati possono essere scelti per mandatarî: ma il mandante non ha azione contro il mandatario minore se non giusta le regole generali relative alle obbligazioni dei minori, e contro la donna maritata che abbia accettato il mandato senza l'autorizzazione del marito, se non a tenore delle regole stabilite nel titolo ***del Contratto di matrimonio, e dei Diritti rispettivi de' conjugi*** (8) (a).

SOMMARIO.

329. Della capacità del mandante. Rinvio ai principî generali.
330. Della capacità del mandatario. Gl'incapaci possono essere mandatarî. Ragione di ciò, in quello che risguarda ai terzi. Diritto romano sulla capacità de' mandatarî.
331. Esempio che conferma la nostra regola.
332. La quale viene applicata così al diritto commerciale che al diritto civile.
333. Ma ne' rapporti del mandante e del mandatario, l'incapace può profittare delle azioni per nullità o per rescissione stabilito dal diritto comune.
334. Nulladimeno, il minore, se à tratto profitto dall'esecuzione del mandato affidato alle sue cure, ovvero se si è reso colpevole di abuso di confidenza essendo *doli capax*, sarà tenuto ai danni ed interessi.
335. Il diritto della donna maritata di esimersi dalle obbligazioni del mandatario preserva da ciò che con si abusi dell'articolo 1990 (1862 LL. civ.) per turbare l'armonia conjugale.

(1) Cassaz., 19 settembre 1821, ric. Devill.
(2) Parigi, 2 gennajo 1828. Dal., 28, 2, 1.
(3) Angers, 12 agosto 1825. Dal., 26, 2, 257.
(4) Deluca, *De cambiis. disc.* 13, ni 6, 7.
(5) Casaregis, *disc.* 197. n° 13.
(6) *Id. disc.* 198, n° 25.
(7) *Id., disc.* 197, n° 13.
(8) Il Tribunato avea proposto la soppressione di questo articolo siccome inutile (Fenet, t. 14, p. 576).

(a) Leggi civili. L'articolo 1990 del Codice civile corrisponde all'articolo 1862 delle Leggi civili conceputo ne' seguenti termini.

« Le donne ed i minori emancipati possono essere scelti per mandatarî; ma il mandante non ha azione « contro il mandatario minore, se non giusta le regole generali relative alle obbligazioni de' minori; o con« tro la donna maritata che abbia accettato il mandato senza l'autorità del marito, se non a tenore delle re« gole stabilite nel titolo *del contratto di matrimonio* e *de' diritti rispettivi de' conjugi*. »

Leggi romane. La donna maritata poteva essere mandataria, senza che per la validità della sua accettazione o per gli effetti che ne derivavano fosse stato necessario il consenso o l'autorizzazione del marito. Essa in somma, di per sè sola, validamente accettava e validamente rimaneva obbligata per le conseguenze del mandato.

Quanto ai minori, aveva luogo una distinzione, perciocchè venivano considerati o come liberi da curatore, o come soggetti all'altrui cura. Nel primo caso, il minore accettava validamente il mandato, e 'l mandante aveva contro di lui l'azione *contraria* del mandato: ma quegli poteva ottenere d'essere restituito in intero. Nel secondo caso, veniva fatta una seconda distinzione; il minore sotto cura, o aveva avuta la venia, ovvero accettava il mandato senza il consenso del curatore. Ottenuta la venia, ei godeva l'arbitrio non solamente di amministrare, ma eziandio di assumere qualsiasi obbligazione, eccettuate l'alienazione e l'ipoteca de' beni immobili: e però poteva validamente esser mandatario. Ma se accettava il mandato senza il consenso del curatore, il minore non rimaneva obbligato efficacemente se non se nel caso che fosse divenuto più ricco.

I prodighi poi, i furiosi, i sordi, i muti e tutti quegli altri ch'erano soggetti all'altrui cura non potevano essere mandatarî, perciocchè non potevano in nessun modo obbligarsi.

L. 3, § 11, l. 4, l. 23, D., *De minoribus*. (*Edit.*)

329. Si occupa il nostro articolo delle persone capaci d'essere scelte per mandatarie. Esso non dice veruna cosa della capacità necessaria per fare un mandato; e non aveva nulla a dirne di particolare. Il mandante deve avere la capacità di contrattare (1); è assoggettato alle leggi generali che regolano la capacità delle donne maritate, de' minori, degl' interdetti, de' prodighi, ecc., ecc. È evidente ch' ei non possa trasferire ad altri la facoltà di fare ciò ch' esso stesso non può fare. « Soltanto quegli « che à la capacità di trattare un affare, diceva il tribuno Tarrible, può commetterne l'esecuzione ad un altro. La facoltà data col mandato è necessariamente circoscritta in quella « che avrebbe lo stesso committente, qualora « trattasse o agisse personalmente (2). »

330. La capacità del mandatario può essere considerata sotto un altro punto di veduta. Assai spesso non si sceglie un mandatario se non per mettersi in relazione con i terzi; ed in tal caso, per ciò che concerne questi ultimi, è molto indifferente che l'agente intermedio, il quale serve d'istrumento passivo all' altrui volontà, abbia o non abbia una propria capacità (3). Quest' agente intermedio, ristretto in quell'ufficio pressochè macchinale, non contrae obbligazione alcuna verso i terzi; egli non è altro che un *nudus minister*, un semplice organo (4). Foss' ei minore (5), quando si appresenta con un formale potere, rappresenta colui che à data la commissione di agire, e ch'è considerato presente. I terzi che ànno eseguito l'ordine non possono temere nessun rimprovero. Quel ch' essi ànno dato all' incapace, per effetto di un tale ordine, è dato legittimamente. Tanto peggio pel mandante se à mal riposta la sua fiducia.

Questo è ricavato dal diritto romano; non già precisamente dalla parte di questo diritto che tratta del mandato (6), sì bene da quella che regola le azioni de' terzi contro la persona che à dato un ordine di fare qualche cosa a coloro che sono sotto la sua potestà, *in potestate* (7).

« Niuna cosa non impedisce, diceva l'imperatore Gordiano, di pagare 10,000 al creditore di questa somma, ovvero al suo schiavo « che viene a richiederla con un ordine di « lui (8). »

331. Perciò adunque, se Pietro scrive a suo figlio dell' età di diciannove anni: « Andate « ad esigere dal mio banchiere Simone 2000 « franchi ch' ei vi pagherà in vista di questa « lettera, » Simone avrà pagato validamente, ed avrà diritto di pretendere che Pietro approvi nel suo conto questo pagamento: imperciocchè, quantunque il pagamento stesso materialmente sia fatto ad un incapace, in realtà Pietro, persona capace, è quegli al quale è stato fatto.

332. Nel diritto romano, l'azione non ridondava contro il datore dell' ordine, se non per quanto il figlio o lo schiavo fossero stati sotto la potestà di lui. Erane diversamente quando l'ordine era dato ad un figlio di famiglia o pure ad uno schiavo costituito sotto l' altrui potestà (9). Ma noi non teniamo dietro a sì fatte decisioni. Ci siamo giovati delle idee de' Romani sul *quod jussu*, non già per sottoporci al loro stretto rigore, bensì per secondarle, per ampliarle, e per unirle nel mandato.

Noi adunque diciamo che in qualunque materia, l' incapace il quale appresentasi con un ordine deve meritare ascolto dai terzi cui l' ordine istesso è indirizzato. Sì fatto principio è vero, ad onta delle scorrette espressioni dell'articolo 1990 (1862 LL. civ.), tanto se il minore sia emancipato, quanto se non sia emancipato (10), e viene applicato così nel diritto civile che nel diritto commerciale. Delamarre e Lepoitevin sembrano elevar de' dubbi per quanto risguarda affari di commercio (11); ma io non ci veggo la menoma difficoltà. Sarebbe stravagante che una regola desunta dal diritto commerciale de' Romani dovess'essere ributtata dal diritto commerciale delle nazioni moderne!!

333. Ma se, ne' rapporti del mandante con i terzi, la capacità del mandatario è indifferente, non ne avviene lo stesso ne' rapporti fra il mandante ed il mandatario. Si rientra allora ne' principî generali sulla capacità de' minori, degl' interdetti, delle donne maritate, ecc., ecc. Il mandante è indubitatamente obbligato; ma gl'incapaci ch'egli à incaricati potranno liberarsi con far valere la nullità relativa ammessa in loro favore. Tarrible à esposto egregiamente questo stato di cose nel suo rapporto al Tribunato: « L' esecuzione del mandato trascina dic-

(1) Voet, *ad Pand.*, *Mandati*, n° 5.
(2) Fenet, t. 14, p. 594.
(3) Tarrible (*loc. cit.*).
(4) *Id.*
(5) Foss' egli anche schiavo! Argomento da ciò che dice Paolo, l. 5, § 2, D., *Mandati*.
(6) Come erroneamente crede Duranton, t. 18, n° 212.
(7) Ulpiano, l. 1, D., *Quod jussu*. — Giust., *Inst.*, *Quod cum eo qui in aliena potest.*
(8) L. 4, C., *De solut.* — *Junge* l. 49, D., *De solut.* — L. 22, § 12, D., *De solut.*
(9) Noodt sul tit. del Dig., *Quod jussu*.
(10) Duranton, t. 18, n° 212. — Zachariae, t. 3, p. 124.
(11) T. 1, n° 53.

« tro di sè una vicendevole obbligazione la cui « solidità è subordinata a talune condizioni. Se « il commettente à fatto cadere la sua scelta su « d' un minore, su di una donna maritata, ov- « vero sopra qualunque altra persona che non « aveva la libera facoltà di obbligarsi, dovrà « incolparne solamente la sua propria impru- « denza, *e le obbligazioni che sono a carico* « del mandatario resteranno soggette alla nul- « lità o alla restituzione in intero inseparabili « dagli obblighi contratti dalle persone di que- « sta classe. »

Per esempio, un negoziante incarica un minore in cui ripone fiducia di comperargli mercanzie e di pagarle. Quel negoziante non sarà mica fondato a prevalersi dell' incapacità di questo minore per rifiutare la consegna. Ma se, sotto il pretesto d'essere stata la mercanzia malamente comprata, pretendesse istituire contro lo stesso minore un giudizio per danni ed interessi a motivo della cattiva esecuzione del mandato, il minore potrebbe prevalersi della nullità del contratto.

334. Bene inteso per altro che costui, se avesse ricevuto delle somme di danaro, e se ne fosse arricchito (1); o pure qualora, senza essersene arricchito, le avesse colpevolmente invertite in altro uso (2), essendo *doli capax*, potrebbe essere chiamato in giudizio per i danni ed interessi.

335. Fin qui tutto è spiegato a meraviglia nell' assieme della legge; le sue disposizioni poggiano sur una serie di principi certi e saggiamente combinati. Ma se, facendo un passo più oltre, viensi a riflettere sul diritto concesso ad una donna maritata di accettare un mandato senza l' autorizzazione di suo marito, si prova qualche scrupolo sopra di una disposizione legislativa che sembra vulnerare il rispetto dovuto ai vincoli del matrimonio e favorire la mancanza di disciplina della moglie.

Ma, non dimentichiamo che la legge colpisce di nullità tutte le obbligazioni personali che la donna potrà contrarre in conseguenza dell'esecuzione del mandato : spariscono allora le inquietudini, e si è costretto di riconoscere che il nostro articolo à convenevolmente conciliato la libertà del mandato con i doveri della donna maritata Il mandante, esposto a tutte le conseguenze di un contratto zoppicante, non sarà per affrontarle agevolmente; e soprattutto non sarà mica tentato di servirsene per turbare l'armonia del matrimonio (3).

(1) Mio com. del *Deposito*, n° 57.
(2) Articolo 408 Cod. penale (439 riformato ed ampliato LL. pen.).— Mio com. del *Deposito*, n° 58, art. 1310 Cod. civ. (1264 LL. civ.).
(3) Tarrible. — (Fenet, t. 14, p. 597.)

CAPITOLO II.

Delle obbligazioni del mandatario.

ARTICOLO 1991 (1863 LL. civ.).

Il mandatario è tenuto ad eseguire il mandato sino a che ne resta incaricato, ed è risponsabile per i danni ed interessi risultanti dal suo inadempimento.

È parimente tenuto a terminare l'affare già incominciato al tempo della morte del mandante, se dal ritardo possa derivarne pericolo (a).

SOMMARIO.

(a) LEGGI CIVILI. L'articolo 1991 del Codice civile corrisponde all'articolo 1863 delle Leggi civili espresso nel seguente modo:

« Il mandatario è tenuto ad eseguire il mandato fino a che ne resta incaricato, ed è tenuto pe' danni « ed interessi risultanti dal suo inadempimento.

« È parimente tenuto a terminar l'affare che trovavasi già incominciato allorchè morì il mandante, se « dal ritardo possa derivarne pericolo. »

LEGGI ROMANE. Concordano col presente articolo le seguenti leggi: l. 5, § 1, l. 6, § 1, l. 8, § 4 e 10; l. 22, § 11, l. 27, § 2, D., *Mandati*; § 11, Instit., *De mandato*; l. 11, l. 16, C., *Mandati*.

Ma, giusta le leggi 15, C., *Mandati*; § 10, Instit., *De mandato*; l. *ult. in fin.*, D., *De solut.*, la morte del mandante estingueva interamente il mandato. E se il mandatario portava a termine un affare che trovavasi già principiato nel tempo della morte del mandante, affinchè i costui eredi non avessero sofferto danno per effetto della cessata esecuzione del mandato, avrebbe avuto contro di questi l'azione *negotiorum gestorum* per tutto quello che avesse fatto dopo l'estinzione del mandato. (*Edit.*)

le, del diritto commerciale, e del diritto pubblico: essi regolano i mandati degli ambasciatori.

367. Degli ostacoli di forza maggiore che s' incontrano ne' mezzi di esecuzione.

Distinzione fra il caso in cui il mandato comporta una dilazione nell' esecuzione, e quello in cui non ne permette.

Seconda distinzione fra il caso nel quale i mezzi di esecuzione sono imperativi, e quello nel quale sono soltanto indicativi.

368. De' mezzi che debbe usare il commissionario quando ci à ostacolo di forza maggiore nella continuazione dell'esecuzione principiata.

Esempio.

369. Sì fatta ipotesi si verifica soprattutto ne' mandati diplomatici.

370. Ostacoli di forza maggiore che impediscono la consegna della cosa.

371. Il mandatario che à contrattato con persone *in bonis* non è mica tenuto per la loro posteriore insolvibilità.

Quid s' egli avesse contrattato con persone le quali conoscevasi essere in cattivo stato di affari?

372. Il mandatario deve pruovare la forza maggiore.

Condizioni di questa pruova.

373. Il mandatario può assumere a suo carico la forza maggiore.

Ei può pure assicurare la riuscita dell' operazione.

Delle convenzione *del credere*.

374. Legittimità di tale convenzione.

375. In quale caso essa degenera in usura.

376. Effetti della convenzione *del credere*.

377. Seguito.

378. La convenzione *del credere* aggiunta al mandato non cambia la natura dello stesso mandato. Essa è un patto addizionale.

Il quale può derivare dalle circostanze.

379. Il mandatario è dispensato d' agire quando il mandante trascura le operazioni che debbono contribuire all' esecuzione del mandato.

380. Seguito.

381. Della rivocazione del mandato. Rinvio.

382. Per regola generale, il mandatario deve terminare quello che à principiato.

383. *Quid* in caso di morte del mandante?

384. *Quid* in caso di rivocazione?

COMENTO.

336. Le obbligazioni del mandatario sono molto importanti: esse appresentavansi agli occhi degli antichi con tali caratteri di severità, ch' eglino dichiaravano infame quel mandatario il quale le violava (1). Ed agli occhi delle moderne nazioni il mandatario infedele non è men degno di rigore, e l' esecuzione del mandato è collocata sotto la garentia della buona fede.

Sì fatte obbligazioni si epilogano nel seguente modo:

1° Eseguire il mandato accettato, fino a che non venga rivocato;

E, anche quando è rivocato, portare a termine ciò che, essendo principiato, potrebbe soffrir danno dal ritardo;

2° Eseguire il mandato senza dolo, senza colpa, da buon padre di famiglia;

3° Render conto al mandante (2).

Il primo capo di tali obbligazioni è trattato dal nostro articolo: gli altri avranno il loro luogo negli articoli seguenti.

337. È in libertà di chicchessia il non accettare il mandato; ma, fin dal momento in cui si è consentito ad assumerne l' incarico, si è tenuto ad eseguirlo: *Sicut autem liberum est mandatum non suscipere, ita susceptum consummari oportet* (3). Principiare e non terminare è lo stesso che mancare alla fiducia che si è riposta nel mandatario, è lo stesso che compromettere quegl' interessi che non debbono rimanere in sospeso: vi sono taluni affari i quali è meglio non sieno impresi che lasciarli incompiuti.

338. Vi à intanto un' eccezione a ciò.

La quale à luogo allor quando il mandatario, dopo avere accettato, si accorge che l' impresa non è mica per le sue forze, ed avvisa al mandante in tempo utile, ed allorchè le cose sono ancora intatte, com'ei non possa continuare ad esserne incaricato (4).

Si dirà in vano che non è permesso di rinunziare ad un'obbligazione contratta. Non dimentichiamo quale sia la natura del mandato: esso deriva da un sentimento officioso e liberale; ora, non conviene che quegli il quale agisce con l'intenzione di prestare un servigio sia vittima del suo buon ufficio. Laonde non lo si tratterà rigorosamente; gli si permetterà soprattutto di pentirsi ogni qualvolta non sarà per derivarne alcun pregiudizio al mandante (5); ed è chiaro che quest' ultimo non dovrà affatto dolersi se è avvisato della rinunzia in tempo utile e quando può far eseguire l'affare da un altro, val dire allorchè le cose trovansi ancora intere (6).

339. Diciamo allorchè le cose sono ancora intere, e questo è importante; imperciocchè se il mandatario lasciasse andar le cose per le lunghe, e avesse nell'intervallo corso pericolo l'affare di cui era stato incaricato, ridonderebbe sopra di lui tutt' il danno: « *Si quamprimum*

(1) Cicer., *Pro Caecina*, 3; *Pro Roscio Amerino*, 38.

(2). L. *Procurat.*, C., *Mandati.* — Doneau, lib. XIII, c. 11, n° 2.

(3) Paolo, 22, § 11, D., *Mandati.* — L. 5, C., *De oblig. et act.* — L. 17, § *Sicut*, D., *Commodati.* — Pothier, n° 38 e segg.

(4) Cajo, l. 27, § 2, D., *Mandati.* — Giust., Inst., *Mandati*, § 11. — Paolo, l. 22, § 11, D., *Mandati.* — Cujacio, lib. 32. *ad edict.*, su questa legge di Paolo: *Causa adhuc integra renuntiaverit.*

(5) Doneau, XIII, c. 11, n° 4.

(6) V. *Infra*, n° 796.

« *et opportune, id mandatori mandatarius* « *non renuntiarit, redundat omne damnum,* « *omnis fraus, ad eum qui mandatum susce-* « *pit.* » A questo modo parla Cujacio (1).

Il mandatario dovrà quindi dare avviso al mandante come prima è possibile : *Quamprimum poterit,* aveva detto Cajo (2) pria di Cujacio.

Per esempio: vi faccio il mandato di comperarmi una partita di zucchero che sarà per vendersi in Havre di qui ad un mese; voi mi accusate la ricevuta della mia lettera; ma ben presto cambiate idea, e, in vece di avvisarmi che non potete eseguir per me la bisogna, serbate il silenzio, e durante questo tempo la compra vien effettuata da un altro. Voi siete risponsabile (3).

340. Può succedere intanto che il mandatario sia stato impedito da qualche grave motivo, e che non abbia potuto nè agire nè avvisare. In tal caso, quantunque la sua rinunzia fosse intempestiva (4) e fosse causa di un pregiudizio al mandante, lo si scusa a cagione di si fatto nuovo stato di cose in cui quegli si è trovato (5) e che gli à dato il diritto di cambiar di volontà.

341. Si riguarda come motivo di scusa una malattia del mandatario (6) ovvero qualunque altra simile causa (7) la quale à conformità con la forza maggiore.

Ciò non è tutto ; e poichè il mandatario dev'essere trattato con benignità, siccome dicevamo al n° 338, si accetta per bastevole scusa della sua abdicazione dal mandato la sopravvegnenza di gravi affari personali, la cui negligenza gli apporterebbe un considerevole pregiudizio.

342. Ma noi ritorneremo su i casi di rinunzia del maudatario, allorchè ci faremo a comentare gli articoli 2003 (1875 riformato LL. civ.) e 2007 del Codice civile (1879 LL. civ.) (8). Si vedrà eziandio figurare fra le cause di contenimento o di rinunzia l'inimicizia capitale sorta dopo l'accettazione del mandato fra il mandante ed il mandatario.

343. Per ora non faremo altro che una sola osservazione.

Se convenisse intendere letteralmente un testo di Paolo, tali giuste cause di non agire non dovrebbero esser prese in considerazione se non per quanto le cose fossero tuttora intere (9). Ma il presidente Favre à benissimo dimostrato, o che Paolo è caduto in errore, o che il suo testo è stato alterato (10). Quando le cose sono intatte, il mandatario non à verun bisogno d'andar cercando delle scuse : gli basta la sua volontà di rinunziare al mandato. Si è quando le cose non sono più intere e quando tardivamente avviene la rinunzia, che si à bisogno di ragioni perentorie per dar motivo alla sua inazione articolo 2007 (1879 LL. civ.) (11).

344. Tutto quello che fin qui abbiamo detto si riferisce al caso in cui il mandatario à accettato il mandato ; da che à principio la sua obbligazione soltanto dopo l'accettazione articolo 1984 (1856 LL. civ.).

Ma allorchè il mandato non è ancora accettato nè espressamente nè tacitamente, ed il mandatario non vuole incaricarsene, è egli tenuto di far sapere al mandante il suo rifiuto, e, s'ei serba il silenzio, incorre forse qualche risponsabilità ?

Sì fatta questione interessa così le materie civili che le materie commerciali ; e viene ad essere risoluta con le distinzioni che abbiamo di sopra stabilite sul proposito della tacita accettazione del mandato (12).

Generalmente parlando, il mandatario non è mica tenuto a contraddire la procura, e , fino a quando zittisce, è considerato di non averla accettata (13).

Ma questa regola non è applicabile ai mandatarî di professione, ai patrocinatori, notari, commissionarî di commercio, ecc., ai quali dirigesi taluno per affari che rientrano nel loro ministero: coloro son creduti accettare il mandato per ciò solamente che ne ànno ricevuto l'avviso senza dare risposta alcuna. Il loro ufficio è guadagnato di diritto da chiunque ad essi lo richiede : eglino son considerati provocare, sollecitare i clienti col loro pubblico esercizio, ed in conseguenza accettare quelli che si presentano ; e per far cadere la virtuale presunzione, dico male, la pruova manifesta che deriva da questa posizione di cose, fa d'uopo ch'essi si spieghino e diano un formale rifiuto (14).

345. Questo punto, stabilito a meraviglia da

(1) *Loc. cit.*, ed *infra*, n° 398.
(2) L. 27, § 2, D., *Mandati*. — *Infra*, n° 796.
(3) Ulpiano, l. 8, § 7, D., *Mandati*.
(4) Favre spiega ciò assai bene sulla legge 25, D., *Mandati*. — *Infra*, n[i] 797 ed 800.
(5) Giust., Inst. *Mandati*, § 11. — Cajo, l. 27, § 2, D., *Mandati*.
(6) Ermog., l. 23, D., *Mandati*.
(7) *Seu ob aliam justam causam excusationis alleget.* Ermog., l. 23, *loc. cit.*
(8) *Infra*, n° 795.
(9) Sent., lib. 2, t. 15.
(10) *Loc. cit.* — *Infra*, n° 798.
(11) *Infra*, n° 797.
(12) N[i] 148, 150, 151, 152.
(13) Ulp., l. 8, § 1, D., *De procurat.*
(14) *Supra*, n° 152.

Pothier (1), è di diritto comune. Esso non è proprio delle materie di commercio: ripete la sua origine dalle materie di diritto civile; ed il diritto commerciale lo à attinto da questa sorgente.

Esso, del rimanente, è espressamente consacrato dal Codice di commercio spagnuolo (2). « Il commissionario, dice questo, è libero di accettare ovvero di non accettare la commissione del committente. Ma, in caso di rifiuto, ei deve dargliene avviso a posta corrente, altrimenti è risponsabile verso il committente del pregiudizio che deriverà a quest' ultimo dal solo fatto della mancanza di avviso. »

Ecco appunto il nostro principio in tutta la sua energia.

Il mandante à dovuto contare sull' ufficio del mandatario di cui parliamo; per disingannarlo, il mandatario deve dargli avviso del suo rifiuto, e non già lasciargli credere che il mandato è accettato. S' ei serba il silenzio, manca ai doveri del suo ufficio, ed incorre una risponsabilità (3).

346. Ci à di più: anche in caso di rifiuto, può il mandatario, in talune circostanze, trovarsi obbligato a prendere urgenti misure di conservazione.

Un cliente dirige un processo ad un avvocato presso la Corte di cassazione per produrre ricorso: gli atti non pervengono in potere di costui se non se la vigilia del giorno in cui spira il termine stabilito; per modo che il cliente non può essere avvertito in tempo utile di affidar la causa ad un altro. Il dovere di quest' avvocato è quello di formare il ricorso; salvo il rispondere indi a tanto al mandante ch' ei non intende incaricarsi della causa.

Un negoziante spedisce talune mercanzie al suo commissionario per una tale operazione di cui quest' ultimo ricusa incaricarsi. Il commissionario non è meno tenuto ad aver cura delle mercanzie, e ad usare tutt' i mezzi convenevoli di conservazione (4).

347. Presentemente, ci facciamo a supporre che il mandato sia stato accettato, e che nessun legittimo ed ammessibile cambiamento di volontà non ne storni l'esecuzione. Quali sono i doveri del mandatario per giungere a quest' esecuzione in un modo soddisfacente? Ben poca cosa è dare la seguente regola generale, cioè, che la condizione del mandante non deve mica esser renduta peggiore col fatto del mandatario (5): fa d' uopo penetrare più innanzi nelle particolarità di quest' obbietto importante.

Una delle due:

O il mandato è imperativo;

Ovvero è facoltativo.

Se è imperativo, l' esecuzione debb' essere conforme.

Se è facoltativo, l' esecuzione debb' essere menata innanzi per lo meglio degl'interessi del mandante, con tutte le cure del buon padre di famiglia, con tutta la prudenza di un uomo assennato.

Si fatta regola comprende tutt' i doveri del mandatario. Ma noi non dobbiamo limitarci ad esprimerla: è necessario addimostrarne con l' analisi le particolarità e l' applicazione.

348. Primieramente, in ciò che concerne l'esecuzione conforme del mandato imperativo, noi abbiamo già preparata, nel comento dell' articolo 1989 (1861 LL. civ.), la conoscenza delle obbligazioni del mandatario. Si è veduto che costui deve uniformarsi al contenuto del mandato (6), e che ciò è una regola di morale (7), di diritto civile (8), e di diritto commerciale (9). Per sviluppare questa regola principale, abbiam seguito il mandato nella sua forma (10), e, dopo aver definito quel che debbasi intendere per la forma del mandato (11), abbiam detto che il mandatario non deve fare cosa alcuna *contro la forma* del mandato.

349. Di poi, abbiam fatto vedere che il mandatario non deve fare cosa alcuna *al di là* della procura (12). Taluni esempi ànno mostrato l'applicazione di sì fatta regola, tanto alle procure speciali, quanto a quelle concepute in termini generali.

350. Ciò non è tutto: abbiamo fatto osservare che il mandatario, non solamente non deve far nulla in più della procura, ma dev' evitare con la stessa diligenza di non far nulla *in meno* (13). Parecchi esempi ed applicazioni ànno mostrato ciò che, in diritto civile e commerciale, intendesi per una insufficiente esecuzione. La quale non è solamente quella che resta

(1) *Supra*, n° 151. — *Junge*, Merlin, Q. di diritto, v° *Conto corrente*.
(2) Articolo 120.
(3) Delamarre e Lepoitvin, t. 2, n° 27. — Vincens, t. 2. p. 128, n° 1.
(4) Pardessus, t. 2, n° 558. — Dalloz, *Commissione*, p. 742, col. 2. — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 27.
(5) Paolo, l. 3, D., *Mandati*: « *Deterior vero nunquam.* »
(6) *Supra*, n° 256.
(7) N° 256.
(8) 260 e 256.
(9) 256 e 260.
(10) N° 261.
(11) N° 255.
(12) N° 269.
(13) N° 302.

al di sotto delle quantità addimandate, ma è quella eziandio che procura al mandante qualità inferiori a quelle da costui richieste (1).

351. In fine abbiamo dato un passo più innanzi, ed abbiamo additato che il mandatario non deve mica limitarsi ad eseguire la procura nella sua forma intrinseca, ma che deve ben anche conformarsi *ad unguem*, come dicevano i dottori del diritto civile e del diritto commerciale, *al modo di esecuzione* che gli è stato dinotato (2).

352. In seguito di ciò, è venuta la quistione degli equivalenti (3); e noi l'abbiamo esaminata sotto tutt' i rapporti che possono farli ammettere in certi casi, e ributtare in quasi tutti gli altri.

353. Indi a tanto, abbiamo trattata la quistione de' conseguenti, val dire di quelli atti i quali, quantunque non espressi in una procura, vi sono virtualmente compresi come necessaria conseguenza dell' affare contenuto nel mandato (4).

354. In quanto al mandato facoltativo, abbiamo detto, che il mandatario investito d' una facoltà la quale poggia sulla fiducia non deve servirsene altrimenti che per fare il vantaggio del mandante; e ch' ei deve comportarsi nello stesso modo che farebbe ogni buon padre di famiglia, ogni intelligente negoziante (5).

355. Nel bel mezzo di tali quistioni, ce ne è una la quale si è a noi presentata ed è stata da noi accennata soltanto brevemente: parliamo della forza maggiore che il mandatario incontra nell'esecuzione del mandato (6). Dobbiamo rivenire su tal punto, perciocchè sta quivi il suo vero luogo.

Ed imprima, allorchè parliamo della forza maggiore, non intendiamo affatto trattar di quella che influisce sulla volontà personale del mandatario, e lo determina a rinunziare al mandato. Questa è stata da noi discorsa al n° 340, e concerne la persona del mandatario anzichè la cosa che forma l' oggetto della procura. Noi quivi ci occupiamo della forza maggiore, che, senza toccare la stessa persona del mandatario, senza farle cambiar di risoluzione, colpisce le cose ed i fatti, e rende impossibile quell' esecuzione che il mandatario vorrebbe effettuare.

356. Non dobbiamo ritornare sulle definizioni della forza maggiore che abbiamo altrove sviluppate (7): vi si potrà aver ricorso. Noi qui ci limitiamo a dire, come i fatti che impediscono o disturbano l' esecuzione del mandato non debbono esser presi in considerazione se non per quanto il mandatario non à potuto superarli: « *cui praeviso resisti non potest.* » Se egli à potuto antivederli e signoreggiarli, non è già alla forza maggiore che sarà d' uopo attribuire l' inadempimento del mandato; si è all' incuria del mandatario. « *Impedimentum « allegare, et ex eo se juvare non potest, qui « illud tollere poterat.* » Questa è la regola applicata in tale materia dalla giureprudenza della Rota di Genova (8). Essa è pienamente evidente, ed il diritto comune le dà la sua confermazione.

357. Nè pur bisogna che il mandatario se ne stia alle apparenze, e che il timore d' una probabile impossibilità trattenga la sua buona volontà. Questo timore può trovarsi esagerato; spesso succede che tentando di superare una resistenza se ne viene a capo. Il mandatario deve adunque tentar di agire, e persistere con costanza finchè rimanga un barlume di speranza. Solamente quando à la certezza di non riuscire, ei può allegare un' impossibilità ammessibile. Questa è un' altra regola somministrata da Casaregis. « *Diligentias possibiles « tenetur mandatarius facere, licet eas putet « non profecturas ob arduitatem negotii* (9). »

358. La forza maggiore considerata indipendentemente dalle cause da cui procede e presa ne' suoi effetti, agisce in diversi gradi: giova distinguerli:

1° Talvolta la forza maggiore non fa altro che ritardare la possibilità dell' esecuzione;

2° Talvolta essa la impedisce, *ab initio*, in un modo radicale ed assoluto;

3° Ora non la rende impossibile se non per i mezzi preveduti, e lascia il poterne ottenere l' esecuzione mediante altri mezzi;

4° Ora sopraggiunge quando le cose non sono più intere, e, in vece di costringere il mandatario all'inazione, fa pesare sopra di lui l'inquietudine d' una seguela di atti impreveduti;

5° Finalmente, può avvenire che la forza maggiore, avendo lasciato un corso libero all' esecuzione del mandatario, sopravviene allor quando il mandatario non deve far altro che consegnare la cosa, e che allora lo mette nell'impossibilità di adempiere a questa obbligazione.

In tutti sì fatti casi, quali sono i principî ai quali bisogna attenersi?

(1) *Supra*, n° 307.
(2) *Supra*. n° 308.
(3) N° 310.
(4) N° 319.
(5) N° 316.
(6) *Supra*, ni 311, 314, 315.
(7) Mio com. della *Locazione*, t. 2, n° 204.
(8) Decis. 174, n° 13. — Da Sorio il giovine, *com*. 27, vol. 1.
(9) *Disc*. 198, n° 26. — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, ni 40 e 77.

359. § 1. Vediamo il primo caso. Noi supponghiamo che gl' impedimenti sono soltanto temporanei, e che dispariscono al termine di un certo tempo. Allora, una delle due: o l'affare non può essere differito, ovvero può essere.

Se non può essere differito, il mandatario non può far nulla: *functus est officio*; e non deve far altro che dare avviso ai mandante di quest'ostacolo impreveduto che gl' impedisce di agire (1).

Se, per l' opposto, l' affare può essere differito, il mandatario non deve mica risguardarlo per ineseguibile. Aspetterà, darà avviso, e profitterà per agire del momento in cui sarà cessato l' ostacolo (2).

360. § 2. Veniamo ora al nostro secondo caso. Noi supporremo che la forza maggiore ponga un ostacolo insormontabile ed assoluto all' esecuzione della commissione: « Comprate temi il naviglio (*briek*) l' *Invincibile*. » Su questo naviglio viene ad essere divorato dal fuoco prima dell' arrivo di sì fatta commissione, il mandatario non deve più fare cosa alcuna: il mandato è ridotto *ad non esse*. Il mandatario, non solamente è sgravato della cura di agire, ma potrebbe, secondo i casi, esser degno di rimprovero ove facesse un' altra cosa in luogo di quella che gli è stata precisamente commessa (3). Quindi, se il mandante lo avesse pregato di comprare l' *Invincibile*, il mandatario non dovrebbe sostituire a questa compra, divenuta impossibile per la perdita di quel naviglio, la compra del *Napoleone* (4). Il mandante non à detto veruna cosa che potesse autorizzare il mandatario a comprare il *Napoleone*; questa nave può essergli inutile o onerosa: ed egli non è tenuto a ratificare quest' atto.

In vano si darebbe ad una tale operazione il carattere d' una *negotiorum gestio*; imperciocchè questa compra era un atto che il mandante poteva astenersi di fare; non rientrava nel cerchio de' suoi affari, e non era renduto necessario da cosa alcuna (5). In generale, non è permesso al mandatario di snaturare il mandato.

361. Ciò non ostante, quando si desse un caso evidente d' imperiosa necessità, il mandatario sarà ammesso a fare, come *negotiorum gestor*, una cosa diversa da quella che il mandante gli aveva prescritta nell'ignoranza de'gravi ostacoli che opponevansi ai suoi disegni (6). Mi spiego:

Vanoverstraeten, banchiere Olandese, era creditore per conto corrente di una somma molto considerevole la quale erangli dovuta dai signori Tourton e Ravel, banchieri stabiliti a Parigi. Vanoverstraeten aveva loro fatto ordine di tenere questo saldo a sua disposizione. Ma, essendo scoppiata la guerra fra la repubblica francese e la belgica, una legge del 7 settembre 1793 decretò la confiscazione di tutt' i crediti appartenenti in Francia ai Belgi.

Tourton e Ravel non potevano nè ritenere i capitali di Vanoverstraeten nè loro inviarli, senza esporsi alle terribili pene che la repubblica prodigava ne' casi da essa chiamati di *pubblica salute*. Taluni banchieri, i quali avevano creduto di poter spedire ai loro corrispondenti del Belgio i capitali che tenevano per costoro, erano stati puniti di morte! Allora Tourton e Ravel, costretti a snaturare il mandato, stimarono agire per lo meglio degl'interessi del loro mandante, impiegando il saldo del conto corrente nell' acquisto di *azioni* in una compagnia di assicurazioni di vita, la quale godeva in quel tempo d' un grandissimo credito.

Poco dopo, Vanoverstraeten si dolse che il suo mandato era stato violato. Ei non vedeva che per l' opposto gli era stato renduto un servigio; e che Tourton e Ravel, facendosi i suoi *negotiorum gestores* in gravi circostanze nelle quali tutto era compromesso e faceva temere, avevano ben meritato di lui. Merlin, che diede le conclusioni nella causa, gli vendicò da questo ingiusto rimprovero (7). Il mandato era stato senza dubbio trasgredito; ma un motivo di forza maggiore aveva costretto i mandatari alla violazione, e costoro, rendendosi *negotiorum gestores*, avevano procurato per quanto era in essi il vantaggio del mandante. « *Sed si negotium*, dice Casaregis, *nequit pati temporis dilationem sine aliquo evidenti vel probabili praejudicio correspondentis, tunc potest mercator agere prout suae prudentiae videbitur* (8). »

Altro esempio:

Un provveditore fa ordine al suo corrispondente di spedirgli grani al prezzo di 20 franchi l' ettolitro, affinchè possa provvedere ai suoi impegni che sono pressantissimi e che richieggono molta prestezza da parte del commissionario. Il corrispondente non può trovar grano a 20 franchi l' ettolitro. Ma, sapendo che il suo committente sarà compromesso ove rimanga senza provvista, e d' altra parte non potendo prendere nuovi ordini, ei si determina a com-

(1) Casaregis, *disc.* 125, n° 22.
(2) Casaregis, *loc. cit.* — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 44.
(3) *Supra*, n° 314.
(4) *Decis. rotae gen.* 174, n° 7. — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 69.
(5) Pothier, n° 210. — L. 11, D., *De negot. gestis.* — Delamarre e Lepoitevin, t. 1, n° 125.
(6) *Supra*, n° 315.
(7) Q. di diritto, v° *Conto corrente*, § 1, p. 454.
(8) *Junge disc.* 125, n^i 22 e 23.

perare a 21 franco l'ettolitro. Questo mandatario sarà tutt'altro che biasimevole; à fatto ciò che probabilmente il mandante avrebbe commesso si fosse fatto se avesse conosciuto il prezzo corrente del grano e l'impossibilità di comperarne al prezzo determinato.

Terzo esempio:

Francesco spedisce grani al suo commissionario di Marsiglia per venderli a 20 franchi l'ettolitro. Ma nel viaggio il carico soffra un'avaria: i grani giungono rabbassati di prezzo; e se il commissionario li conserva, saranno soggetti ad uno svilimento anche maggiore. E però, ei li vende a 15 franchi l'ettolitro. È chiaro come il suo committente debba ratificare si fatta vendita, benchè non fosse conforme alle sue istruzioni (1).

Tutta questa dottrina è insegnata da Baldo nel suo consiglio 334, chiamato ammirabile da Casaregis (2).

362. Si vede che in questa materia tutta la difficoltà consiste nel distinguere se il mandatario, trovandosi in faccia ad una impossibilità di esecuzione, à potuto o non potuto costituirsi *negotiorum gestor* pel mandante per fare una cosa diversa da quella che gli era stata commessa con la procura.

All'uopo, converrà riportarsi ai principî risguardanti la gestione di negozi: bisognerà ricordarsi con le leggi romane (3) e con Pothier (4), come il gestore non sia ammesso ad ingerirsi negli affari che non gli appartengono se non per quanto sia ciò necessario, come egli faccia male ad imprender quello che non sia richiesto dagli affari del proprietario, e come ei non debba arbitrarsi di fare per chicchessia un affare interamente nuovo (5).

Con maggior ragione il mandatario comprometterebbe la sua risponsabilità qualora, sotto pretesto dell'impossibilità di ottenere un'esecuzione conforme del mandato, facesse una cosa proibita dal mandante. La sua gestione di negozi non sarebbe scusabile in questo caso se non per quanto avesse procurato il vantaggio del mandante con un pieno successo.

Non vorrei adunque che si desse l'indennità del *negotiorum gestor* al mandatario che, fuori il caso di necessità e sulla semplice apparenza d'una utilità di cui si rendesse giudice, snaturasse il mandato, facesse una cosa diversa da quella che gli è stata espressamente commessa, e non riuscisse nella sua operazione. Baldo (6), la Rota di Genova (7), ecc., non autorizzano il deviamento dal mandato se non quando ci à evidente necessità di non lasciar rovinare l'affare, ed inoltre i termini del mandato non sono abbastanza imperativi perchè possa supporsi che il committente non abbia voluto lasciare al commissionario una certa latitudine per provvedere alle inopinate accidentalità. Che se il mandato è chiaro, preciso, imperativo, o ristrettivo, ed esclude il dubbio e la deliberazione, il commissionario deve cessar di fare (8).

363. Delamarre e Lepoitevin (9) insegnano in un modo assoluto che in materia di commissione, il mandatario può sostituire una cosa ad un'altra in tutt'i casi impensati i quali rendono gravosa al mandante l'esecuzione conforme. Eglino, facendo una distinzione fra le materie civili e le materie commerciali, francamente dichiarano come, nelle materie civili, non si permetterebbe ad un mandatario di comprare una cosa in cambio di un'altra che gli fosse stata commessa e ch'ei non potrebbe procurarsi: ma pretendono che ne sia diversamente nelle materie di commercio, il cui spirito differisce essenzialmente dallo spirito delle leggi civili, ed in cui le azioni del mandatario vengono regolate sulla buona fede, sull'equità, ecc.

In appoggio della loro dottrina, Delamarre e Lepoitevin citano un caso particolare giudicato da Casaregis (10). Un negoziante incarica un altro negoziante di vendergli delle tele di Olanda a pronto contante e non altrimenti. Il commissionario, non trovando compratori a contante, vende a tre mesi di dilazione, a fine di profittare di un aumento sopraggiunto nel prezzo. Ma ecco che pria della scadenza de' tre mesi, il compratore fa fallimento. La perdita è pel committente, ovvero pel commissionario? Il commissionario era rimasto succumbente in prima istanza: ma vinse in appello. Con *un Codice civile*, dicono i nostri autori, sarebbe di bel nuovo succumbuto. Ma Casaregis ne giudicò diversamente, secondo le vere regole del commercio, della buona fede e dell'equità: *pro veritate*.

Queste ultime parole sono l'espressione di un sentimento che domina assai spesso nell'opera de' sigg. Delamarre e Lepoitevin; senti-

(1) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 71.
(2) *Mirabiliter Baldus in cons.* 334. 1 (*disc.* 125, n° 23 e 24).
(3) Pomponio, l. 11, D., *Negot. gest.*
(4) N° 210, *infra*, n° 358.
(5) *Novum negotium* (Pomponio, l. 11, D., *Neg. gest.*).— Delamarre e Lepoitevin, t. 1, n° 125.
(6) Cons. 334, n° 1.
(7) Decis. 174, n° 7, ed anche la decis. 64.
(8) Tuschi, *concl.* 39, ni 37 e 39. *Rot. gen.*, dec. 64.
(9) T. 2, n° 70.
(10) *Disc.* 125.

mento cui in oltro luogo ò combattuto (1), e che consiste nel mettere la legge civile in opposizione con la legge commerciale e nel trovarla difettosa rispetto agli usi del commercio.

Nel caso di cui si tratta, del pari che in molti altri, una tale opposizione non esiste per nulla. Il diritto civile (fosse compreso in un Codice) non parla in modo diverso dal diritto commerciale. Solamente, fa d'uopo badare a non far tenere a quest' ultimo un linguaggio che gli è straniero, e ciò è quello che, a mio credere, fanno ivi Delamarre e Lepoitevin. Contro il loro solito, essi non ànno inteso il vero senso dello decisione di Casaregis. Se il caso fosse tal quale è da loro riepilogato, Casaregis sarebbesi ingannato evidentemente, e nessun tribunale al mondo avrebbe potuto mettere la perdita a danno del committente (2). Non sarei nè pure impacciato per trovare ne' principi dei quali i sigg. Delamarre e Lepoitevin sono stati i dotti interpetri in altre parti della loro opera (3), la confutazione dell' opinione ch' essi (erroneamente questa volta) ànno attribuita a Casaregis, e che si ànno appropriato.

Ma ecco quel che era intervenuto :

Duron e compagnia, di Barcellona, avevano fatta commissione a Francesco e Pietro de Fornès loro corrispondenti a Livorno, di vendere una certa quantità di tele di Olanda, e ciò a pronto contante, senza far credito (4): « ln« tendendosi pagando di contanti, e non a fi« dare (5). »

Il corrispondente non trovò compratori a sì fatta condizione. Ma tutto ad un tratto si elevò considerabilmente il prezzo delle tele di Olanda (6). Il corrispondente credette util cosa di profittare di questa buona occasione ; e vende le tele a caro prezzo alla casa Levi, che allora godeva molto credito (*boni nominis*), ed accorda ad essa la dilazione di tre mesi per lo pagamento.

Fatta la vendita a questo modo. sopraggiunse dopo qualche tempo un grande calo di prezzo nelle tele, e l' affare sembrò buonissimo.

Nel 9 aprile 1721 Francesco e Pietro de Fornès scrissero a Duran e compagnia per dar loro avviso dell' operazione, *sperando che ne sarebbero soddisfatti*.

Nell' 11 maggio seguente, Duran e compagnia accusano la ricevuta di questo lettero ed impegnono i sigg. De Fornès a curare l' esazione allo spirare de' tre mesi, ed a loro farne ragione.

Laonde, Duran e compagnia avevano conosciuto l' eccesso nell' esecuzione del mandato, e lo avevano approvato (7)!!

In verità, quando essi avevan fatta quest' approvazione erano nell' ignoranza del nome e della persona del compratore (8). Ma cosa importa una tale circostanza? Non era già in ciò che concerne la stessa persona del compratore, che i sigg. de Fornès avevano bisogno di ratificazione ; imperciocchè nessun mandato limitato non era ad essi stato fatto su di tal particolare. Avevano bisogno di ratificazione per la sola parte del mandato che avevano snaturata ! Ora, avevano ecceduto il mandato soltanto in ciò che concerne il termine di pagamento, e questo punto era stato l' oggetto di una vera ratificazione : dunque tutto era coverto (9).

Intanto la casa Levi fece inopinatamente (10) fallimento, e l' affare divenne cattivissimo.

Questione di sapere a carico di chi andrebbe la perdita. Il giudice di Livorno decise dover essa restare per conto del commissionario ; Casaregis, per l' opposto, decise ch' essa doveva andare a carico del mandante. Aveva ragione per le mille ! Ma perchè ? A motivo della ratificazione, di cui non parlano affatto i sigg. Delamarre e Lepoitevin, e che forma il punto principale. Ed in fatti, per questo lato si producevano i maggiori sforzi de' committenti.

La ratificazione fatta da Duran e compagnia, dicevasi nell' interesse di questo casa, debb' esser forse di una sì grande importanza per quanto si pretende ? Non è essa il risultamento dell' errore? Al tempo in cui à avuto luogo la suddetta ratificazione, Levi era già vicino a fallire : Duran e compagnia ignoravano questo stato di cose: vorrà credersi che se lo avessero saputo avrebbero data la loro approvazione (11) ?

Ma, si rispondeva, la ratificazione à un effetto retroattivo, e dimostra che se Duran e compagnia avessero saputo, *ab initio*, come la vendita non potesse esser mandata ad effetto a pronto contante, avrebbero fatto il mandato di effettuarla a termine (12).

Ancora in vano si diceva per Duran e compagnia, che i sigg. de Fornès erano responsabili di over venduto o dilazione senza over dato

(1) *Rivista di legislazione e di giureprudenza*, t. 16, p. 62.
(2) Decis. della Rota di Genova 174, n° 7.
(3) Per esempio, t. 2, n° 172; e la loro nota in cui riportano l' opinione di Baldo e del cardinale Tuschi.
(4) *Disc.* 125.
(5) Lettera del 2 gennaro 1721.
(6) N° 33.
(7) N° 3, 4, 5.
(8) Ni 4, 5.
(9) N° 6.
(10) N° 9.
(11) Ni 10 ed 11.
(12) N° 26. — *Junge* Surdus, *cons.* 374, n° 23.

un preventivo avviso. Rispondevasi che ogni qualvolta non poteva tale avviso esser data senza un probabile pregiudizio, il mandatario aveva il diritto di agire secondo la sua prudenza. » Sed si negotium pati nequit temporis dila- « tionem, sine aliquo evidenti vel probabili prae- « judicio correspondentis, tum potest mercator « agere prout suae prudentiae videbitur; *mira- « biliter* Baldus, *cons.* 334, n° 1. » Inoltre tutto è caverta dalla ratificazione (1)! !

Così fatto è la suddetta decisione di Casaregis, il vero spirito della quale mi pare non essere stato riprodotto dai sigg. Delamarre e Lepaitevin. Mettete da banda la ratificazione della casa Duran e compagnia, ed i commissionari avrebbero infallibilmente perduta la loro lite. Senza necessità, avevano essi agito contra la stessa forma del mandato (2); e senza questa necessità richiesta per autorizzare l'intervenimento di un *negotiorum gestor*, eransi cacciati in un affare, ossia solamente tutto nuovo (*novum negotium*, come dice Pomponio (3)), ma contrario alle mire di Duran e campagnia, ed avevano violato i loro precisi ordini e sostituita un'operazione vietata ad un'altra richiesta. È evidente che il solo avvenimento posteriore potea ad essi far ottenere la loro scusa; l'avvenimento posteriore, io dico, e sia una ratificazione atta a coprire i mancamenti dell'esecuzione.

È sarebbe un cattivo sutterfugio, io ripeto, quello di vedere in essi de' *negotiorum gestores*. Noi abbiamo già detto (4) che la gestione di negozi impresa senza necessità e contro l'ordine preciso del mandante non possa dar luogo ad un'azione se non quando sia coronata dalla riuscita. Ora, i commissionari ànno sconosciute nel suddetta fatta le istruzioni di cui erano portatori: si era loro proibita di vendere a credito, ed essi ànno venduta a credito. Io conseguenza eravi la sola riuscita che potesse salvarli, ed essi non sono riusciti.

Quindi non era affatto sostenibile la lora causa senza la ratificazione; e fu questa ratificazione che li tolse da impaccio.

364. Il perchè, bisogna avere per certa che il mandataria non può sostituire una cosa possibile alla cosa impossibile che gli è stata prescritta, se non se in un casa di necessità. Ed è sì fatta necessità soltanto che può autorizzare la degenerazione del mandato in gestione di negozi.

Io do termine alla dichiarazione de' suddetti principi col seguente casa giudicata dalla Rota di Genova. La decisione di questa saggio e dotto tribunale confermerà tutto quello che abbiamo detta (5).

Michele de Giudici aveva ricevuta da d'Auria il mandata di comprargli mille salme di grano a Palerma. Michele comprò solamente seicento salme, allegando di non aver potuta procurarsene ne' mercati una maggiore quantità. Ma, per compiere la commissione di d'Auria, ei prese in prestito le rimanenti quattrocento salme, e spedì il tutto a Genova sor un bastimento comandato dal capitano Ricci. D'Auria ricevette le mille salme, ignoranda, per quanto pareva, che sul totale ci erano quattrocento salme prese in prestito e non comprate. Alla scadenza, il creditore fassi a reclamare da d'Auria il rimborso delle quattrocento salme non con gl'interessi: e fa d'uopo osservare che in questo tempo erasi aumentato il prezzo del grano. D'Auria, cui si fatto rimborso avrebbe cagionato una perdita notevole, rifiutò, sostenendo di aver dato gli ordini per comprare, non già per prendere in prestito. Michele de Giudici pretese in vano che, non avenda potuta comprare un totale di mille salme, avea ben fatto ad agire per equivalente. La Rota considerò che il mandato era precisa ed espresso, *determinate et expresse*, e d'Auria fu da essa liberata.

Io verità, essa diceva, Michele de Giudici si è costituita *negotiorum gestor* di d'Auria. Ma perchè egli à proceduto contro il tenore degli ordini di quest'ultimo, non à azione se non per quanto d'Auria si è arricchito. Costui adunque non gli deve altra che il prezzo del grano al tempo della compra: la differenza deve restare per conto di Michele. *Quod autem Michael majus pretium solveret, sibi imputare debet* (6).

365. Inoltre, anche nel casa di necessità, il mandataria non è mica tenuto di rendersi *negotiorum gestor* del suo mandante. Egli non incorre nessuna risponsabilità per non avere agito.

Tutta quello che può pretendersi da lui consiste in ciò ch'ei deve usar misure di conservazione, quando esse sieno valute necessariamente dalle circostanze.

Per esempio, io vi spedisco un cavallo che vi incarico di vendere al prezza di 1500 franchi, nè più nè meno. Voi non rinvenite nessun compratore a questo prezzo, e l'affare non à luogo per effetto di una tale impossibilità. Infinoattantochè il mio cavallo non ritarai presso di me, è

(1) N° 33. — *Junge* Casaregis, *disc.* 22, n° 31, *disc.* 69, n° 13, *disc.* 119. n° 56.
(2) *Decis. rot. gen.* 174, n° 7.
(3) *Supra*, n° 363.
(4) N° 86, *Supra*.
(5) *Decis.* 64.
(6) N° 7.

vostro dovere di nudrirlo e di averne cura, e voi siete risponsabile se mancate a tali misure di conservazione (1).

Così ancora, io vi spedisco del grano per venderlo al prezzo di 20 franchi l'ettolitra; ma ne giunge danneggiata una porzione, che non è possibile sia venduta a quel prezzo. Voi siete tenuto ad agire per lo meglio de' miei interessi ad oggetto d' impedire che progredisca il danno cagionato dall' avaria (2).

366. Tutt' i principi che finora abbiamo esposti regolano non solamente le materie civili e le commerciali, terrestri e marittime (3), ma eziandio le materie di diritto pubblico ed i mandati degli ambasciatori Casaregis (4) ne fa la osservazione, ricavandola da Gail (5). L' inviato diplomatico che non vi si conformasse si porrebbe nel caso d' essere disapprovato. Ma pure allor quando, nell' esistenza di necessità imprevedute ed urgenti, à prese quelle misure che vengono suggerite dall' interesse per lo Stato, egli à il diritto di attendere che la sua condotta sarà seguita da una ratificazione.

367. § 3. Esaminiamo ora la nostra terza ipotesi. La quale à luogo allorchè la forza maggiore, senza colpire la stessa cosa commessa, coglie soltanto taluni mezzi di esecuzione, per modo che questa cosa, ineseguibile per le vie indicate, è fattibile con altri espedienti.

In questo caso, si à a fare una distinzione: O l' esecuzione del mandato comporta un differimento, ovvero non comporta.

Se l' esecuzione può essere differita, il mandatario deve consultare il mandante, e rimanere nell'inazione fino a quando non giungano di nuovo i costui ordini.

Se l' esecuzione non permette dilazione, è necessaria una seconda distinzione:

O il mandato è imperativo e limitativo, ed allora il mandatario non deve dipartirsi dal modo di azione che gli è stato indicato: *Ubi tradita est certa forma et modus praescriptus quo quid agi debeat, tunc non admittitur executio per aequipollens*. Dichiara a questo modo la Rota di Genova (6) ; e si fatto linguaggio è uniforme al consiglio di Baldo si giustamente celebrato da Casaregis (7).

Quando il mandato è chiaramente limitativo de' mezzi di esecuzione ed il mandatario lo à trasgredito, costui non può essere scusato come *negotiorum gestor*, se non nel caso della buona riuscita, altrimenti l' affare può essere lasciato per suo conto (8).

Ma se il mandato fa supporre che i mezzi dinotati dal mandante sono soltanto indicativi; se fa supporre ragionevolmente che costui, informato della difficoltà, non avrebbe esitato ad adottare altri mezzi, il mandatario potrà provvedere agl' interessi del mandante mercè gli equivalenti (9). Questa è la dottrina della Rota di Genova (10), di Baldo (11), di Scaccia (12), di Casaregis (13). Il mandato è in tal caso quello che vien denominato da Baldo *mandatum dubium!! Dubium*, in questo senso che non è certo aver inteso il mandante di ristringere tassativamente i mezzi di esecuzione nel limite indicato (14). Allora il mandatario à potuto attendere agl'interessi del mandante con mezzi equivalenti: egli, in vece di agire con imprudenza, si è comportato da intelligente ed assennato padre di famiglia.

Tutte queste nozioni si riflettono e si epilogano nel seguente caso giudicato con arresto della Corte di Parigi nel 9 giugno 1831 (15):

Un' amministrazione di *procacci* era stata incaricata di esigere a Lion una cambiale (è sottinteso, in simil casa, che mediante la gita ed il ritorno delle vetture, vanno da un luogo ad un altro gli effetti ed il danaro, e si effettuano le esazioni). Scoppia la rivoluzione di luglio: gli avvenimenti di Parigi impediscono che parta la vettura nel giorno stabilito. Cosa fare in questo stato di cose ? Se la cambiale non era presentata alla scadenza, un grave inconveniente ne derivava nel caso d' inadempimento, ed era perduto il beneficio del protesto. Per ovviare a questa seria difficoltà, l' amministrazione aveva due partiti da abbracciare: o far partire la cambiale con la posta il che era un equivalente ammessibile, perciocchè il mandato non era imperativo; o pure rimetterla al mandante, perchè stesse attento esso stessa a quel che ci era a fare di meglio. Ma l'amministrazione non diportossi a questo modo : essa conservò la

(1) *Infra*, n° 366.
(2) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 71.
(3) Casaregis, *disc*. 69, n° 13.
(4) *Ubi ampliat in capitaneis et legatis oratoribus et commissariis principum*. (*Disc*. 125, ni 23 e 24.)
(5) *De pace publica*, lib. 1, c. 4, ni 29 e 30.
(6) Decis. 174, n° 8. — *Junge* decis 64. — Supra, n° 364.
(7) Cons. 334, n° 1. — *Supra*, n° 352, *in fine*, e n° 358.
(8) *Supra*, ni 353, 354, 86, 358.
(9) *Supra*, n° 311. — *Infra*, n° 470.
(10) Decis. 8, n° 8, e 64, n° 2.
(11) Cons. 334.
(12) *Supra*, n° 311, ove io cito le sue parole.
(13) *Disc*. 125, ni 23 e 24. — *Disc*. 119, n° 56. — *Disc*. 69, n° 13.
(14) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 171.
(15) Sirey, 31, 2.

cambiale, aspettò il ristabilimento delle comunicazioni, e presentò tardivamente la cambiale che non venne pagata. Era questo un caso evidente di risponsabilità; e, ad onta di abili sforzi d'ingegno, l'amministrazione non scampò da una condanna.

368. § 4. Un altro caso merita talune nostre spiegazioni, quello cioè che si verifica quando la forza maggiore sopraggiunge allorchè il mandato sta per essere eseguito, ed allorchè, frapponendo degli ostacoli al compimento dell'esecuzione nel modo come è stata preveduta, permette con tutto ciò che il mandatario possa prendere degli espedienti.

Questo caso si ravvicina a quello di cui abbiamo già discorso al n° 365; ma esso ne differisce in ciò, che allora supponevamo come il mandato fosse stato impedito fin dal suo principio dalla forza maggiore, mentre che quivi supponghiamo che, eseguito in parte, sia esso impedito nel suo compimento da ostacoli i quali deludono le previsioni del mandante.

In sì fatta ipotesi, il mandatario cui rimane a fare qualche cosa deve abbracciare quel partito che più si avvicini alle sue istruzioni o che sia più conforme agl' interessi dell' impresa ed alla prudenza del buon padre di famiglia.

Nulladimeno, se egli è a segno da poter consultare il mandante, il suo primo dovere sarebbe quello di ricorrere alla volontà di costui. Ma quando ei non può, e le sue istruzioni sono mute, non gli rimane a far altro se non abbracciare il partito che sia indicato migliore dalle circostanze.

Per esempio, Pietro incarica Francesco, capitano di barca di Marsiglia, di comprargli dugento ettolitri di grano di Marocco al prezzo di 20 franchi l'ettolitro, e di portarglielo in Ancona. Francesco manda ad effetto le compra e si mette in viaggio per Ancona. Ma i pirati infestano il mare, e Francesco, non potendo andare senza un evidente pericolo d'essere catturato, abbraccia il partito di deviare verso un altro porto che non fa temere, ed attendere di quivi migliori circostanze. Egli, nel tragitto, è sorpreso da una tempesta, ed il carico fa naufragio. Questo carico perisce forse per lui, ovvero pel mandante?

Noi rispondiamo che sì fatta perdita sta pel mandante (1), e ciò diciamo non ostante l'articolo 238 del codice di commercio (226 LL. di ecc.). In fatti, il capitano, impedito da un pericolo impreveduto, prudentemente si è sottratto dall' influenza di esso; à fatto quello che il mandante avrebbe fatto se fosse stato al caso suo. Deve adunque esser esente da qualsiasi risponsabilità per la perdita che inaspettatamente è avvenuta per effetto di naufragio.

« *E perciò*, dice Casaregis, *potevano in tal* « *caso impensato, interpretare la volontà del* « *mandante ed eseguirla in quella maniera* « *che avean giudicata più prudente e pro-* « *pria, come avrebbe fatto un buono ed as-* « *sennato padre di famiglia* (2). »

369. L'ipotesi di cui ci occupiamo presentemente si verifica soprattutto ne' mandati diplomatici. La lentezza della negoziazione permette il più spesso all' ambasciatore di consultare il suo sovrano, e suo dovere è quello di ricorrere a questa prima sorgente de' suoi poteri. Ma allor quando, in certi casi rari, l'urgenza è imminente e manca il tempo, l'ambasciatore provvedendo affatto con prontezza alla necessità del momento, addimostra la sua intelligenza con la scelta del partito meno rischioso e più conforme agl' interessi ch' ei rappresenta, al fine della sua missione, alla politica di cui egli è l'agente.

370. § 5. Rimane ad osservare la posizione del mandatario allorchè, essendo eseguito il mandato, sopravviene una forza maggiore la quale gl' impedisce di consegnare la cosa. I principî generali ào provveduto a questo caso, e gli articoli 1302 e 1303 (1256 e 1257 LL. civ.) ne contengono l'espressione. Del rimanente, noi ritorneremo su questo punto ai n¹ 434 e 437: esamineremo una quistione difficile ed importante la quale si versa sulla perdita per forza maggiore de'danari contanti di cui il mandatario è detentore pel mandante: e vedremo se i principî generali sulla forza maggiore sieno applicabili a questo caso.

Per ora, noi diremo, a modo di regola generale, che la cosa, quando viene a perire senza sua colpa e prima ch' ei sia in mora, perisce pel mandante.

Quando anche sia egli in mora, se la cosa sarebbe egualmente perita presso il mandante, il mandatario è libero da garentia.

371. Per conseguenza di sì fatti principî, il mandatario non è tenuto per l'insolvibilità dei debitori con i quali à contrattato e ch' erano *in bonis* quando egli à avuto fiducia di loro. Un commissionario vende delle tele ad una casa di Parigi la quale è stimata buona, ma che dopo qualche tempo avviluppa i suoi affari e non può pagare: il commissionario, non potendo esigere il prezzo per effetto di questa forza maggiore, non è risponsabile di cosa alcuna (3).

Ne avverrebbe diversamente s' egli avesse venduto a credito ad un compratore che già fos-

(1) Argomento da ciò che dice Casaregis, *disc.* 69, n° 13. V. il *disc.* 225. Questo non è di Casaregis.
(2) *Disc.* 119, n° 35.
(3) Paulo, l. 37, § 1, D., *Negot. gest.*

se conosciuto rattrovarsi in cattivo stato nei suoi affari (1).

372. Spetta al mandatario di pruovare la forza maggiore (2).

E, per riuscire in questa pruova, e quando il fatto è di quelli ai quali la colpa viene a michiarsi così spesso, com' essere furto, incendio, ecc., fa d' uopo ch' ei pruovi d' essere stato diligente (3); imperciocchè la disgrazia non è attribuita in simil caso alla forza maggiore se non se quando il mandatario si mostra esente da colpa, e quando per impedirla à effettuato tutto ciò che deve fare un diligente padre di famiglia.

373. Talvolta il mandatario assume a suo carico la risponsabilità della forza maggiore (4).

Ei può ancora rendersi assicuratore, mediante un premio, della riuscita dell' operazione. Questo è ciò che vien denominato la convenzione *del credere*, convenzione la quale à luogo quando il commissionario garentisce, non solamente la solvibilità de'debitori, ma anche la riscossione del credito al termine convenuto, e tutte le incertezze (5). Per esempio, supponghiamo che taluni mercanti (io segno l' esempio allegato da Straccha) trasmettano ad un commissionario di Ancona l' ordine di vendere a credito le loro mercanzie, con un premio del tre per cento, a condizione che il detto commissionario assumerà a suo rischio la solvibilità de' debitori e la riuscita dell'esazione. È questa una convenzione assai usuale nel commercio e molto utile, le difficoltà della quale sono state rimosse dagli autori italiani (6).

374. In sul principio, quando il timore dell' usura imbrogliava i migliori ingegni, si è dubitato della legittimità della convenzione *del credere*. Ma Scaccia à dimostrato ch'essa poggia su basi che escludono l' usura (7). Il prezzo che in sì fatta convenzione è attribuito al commissionario, è l'indennizzazione del rischio al quale si sottopone. Quanti debitori non si incontrano che da eccellenti diventano cattivi? Quante volte non vengono meno le loro sicurezze e le loro garentie? Dunque ci à un rischio, ed in conseguenza un prezzo per un'assicuranza: e però il contratto è irreprobabile.

375. Ma la convenzione *del credere* degenera in usura quando, nella mancanza di qualsiasi rischio, il commissionario riscuotesse un premio per un' assicurazione puramente nominale; a cagion di esempio, qualora l' ordine fosse quello di vendere a danaro pronto contante senza dilazione o ribasso (8).

376. Gli effetti della convenzione *del credere* sono notabili per la loro efficacia. Tutt' i rischi dell'esazione sono per conto del commissionario, il quale è tenuto personalmente del prezzo, senza che vi sia bisogno di ricorrere precedentemente contro i debitori (9). L'escussione di un debitore è operazione lunga e minuta che ripugna agl' interessi commerciali; perciocchè, nel commercio, è di prima necessità che gl' introiti sieno effettuati con puntualità e nelle epoche stabilite. Il commissionario, che è ligato con la convenzione *del credere*, è adunque obbligato principalmente e direttamente, ed è risponsabile di ogni qualsiasi fatto il quale impedisce che il mandante sia pagato (10). Egli non è già un semplice fidejussore, come àn preteso taluni autori (11); è un debitore diretto e principale; è un vero assicuratore di tutt' i casi fortuiti che impediscono la riscossione.

377. Si è preteso che il commissionario il quale à fatto la convenzione *del credere*, benchè tenuto per la solvibilità del debitore, non fosse intanto risponsabile per un fatto del principe col quale vien imposto sequestro su i beni di questo istesso debitore e ne è pronunziata la confiscazione. Secondo tale sistema, si pretende che il commissionario sia tenuto degli avvenimenti ordinari e preveduti i quali disfanno la solvibilità del debitore, siccome d' un fallimento; ma si sostiene che il renderlo risponsabile di un caso tanto straordinario per quanto è una confiscazione, è lo stesso che aggravare ingiustamente le conseguenze del contratto di commissione. Tale sistema non è affatto ammessibile. Ed i tribunali l' ànno proscritto a buon dritto (12).

378. Del rimanente, la convenzione *del credere* aggiunta al mandato non ne snatura le quali à ordinarie. Il commissionario rimane sempre mandatario. Non ci à altro che un pat-

(1) Paolo, l. 37, § 1, D., *Negot. gest.* — *Infra*, n° 406.
(2) Articol 1302 e 1315 Cod. civ. (1256 e 1269 LL. civ.). Casaregis, *disc.* 119 n¹ 20 e 57. *Disc.* 23, n° 9.
(3) I sigg. Delamarre e Lepoitevin ànno dimostrata la giustezza della mia opinione a questo proposito, contro quella di Proudhon (t. 2, n¹ 75 e 221). — Arresto d' Aix del 28 febbrajo 1840. — *Infra*, n° 410. — V. i miei comenti della *Vendita*, t. 1, n° 402; della *Locazione*, t. 1, n° 222, t. 3, n° 1092; della *Società*, n° 584; del *Prestito*, n° 87.
(4) Nerazio, l. 39, D., *Mandati*.
(5) Straccha, *De assicurat.*, introd., n° 72; *De mercat. mandat.*, n° 37.
(6) *Junge* Decio, *cons.* 7. — Scaccia, § 2, gl. 5, n° 400. — Casaregis, *disc.* 39, n° 8, e *disc.* 56, n° 20.
(7) § 3, glosa 3, n¹ 6 e 7.
(8) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 310, contra Savary.
(9) I sigg. Delamarre e Lepoitevin ànno esposto assai bene questa materia, t. 2, n¹ 300 e 302 e segg. — Codice spagnolo, articolo 158. — Savary, lib. 3, cap. 3.
(10) Casaregis, *disc.* 68, n¹ 10 ed 11.
(11) Casaregis confuta le opinioni di tali autori, n° 11. — V. il mio comento della *Fidejussione*, n° 37.
(12) Giureprudenza di Marsiglia, t. 11, 1, 106. — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 301.

to addizionale il quale rende più strette le sue obbligazioni; patto il quale rientra in quelli che la legge romana autorizzava formalmente quando diceva che il mandatario potesse rendersi risponsabile del caso fortuito (1). Questo patto non à bisogno d' essere espresso: esso può risultare, tanto dalla consuetudine de' luoghi, quanto dalle circostanze (2).

379. Fin qui ci siamo spiegati sulle principali ipotesi che traggono origine dalla forza maggiore; ed abbiamo dimostrato in qual modo il mandatario è dispensato, per la sopravvegnenza della forza maggiore, dall' obbligo che gl' impone l' articolo 1991 (1863 LL. civ.) di eseguire il mandato.

Vi è un' altra causa che dispensa il mandatario dall' agire. Essa à luogo allor quando il mandante trascura le operazioni che debbono mettere il mandatario nello stato di procurare l' esecuzione del mandato. Se il mandato rimane inadempiuto, il suo fatto ne è causa, e non potrebbesi attribuire cosa alcuna al mandatario (3). A questo modo è stato deciso dalle leggi romane con quella saggezza che le contraddistingue (4).

Per esempio, voi m' incaricate di pagare ai vostri creditori 10,000 franchi che mi avvisate mandarmi con la prima spedizione. Questa somma non mi perviene; e però mi lasciate senza provvisione. Chi è mai fra voi e me quello che è in colpa? Forse non siete voi che non avete rimessi in mio potere i mezzi convenevoli per eseguire i vostri ordini (5)?

380. Ma la nostra proposizione non è giusta se non se quando non la si estenda alle prestazioni che, secondo la natura delle cose o secondo la convenzione o pur secondo l' uso, non debbono esser pagate dal mandante al mandatario se non dopo l' adempimento del mandato, ovvero secondo che questo si va eseguendo.

381. Allato agli ostacoli fisici o legali che vengono a render vana l' esecuzione del mandato, fa d' uopo collocare la rivocazione del mandato fatta dal mandante: articoli 1991 (1863 LL. civ.) e 2003 (1875 riformato LL. civ.) del codice civile. Quest' atto di volontà, di cui più innanzi ci occuperemo con particolarità, impedisce il corso dell' esecuzione.

382. Allorchè le cose sono date interamente al loro corso naturale, il mandatario deve ingegnarsi di avere l' intera esecuzione del mandato: ei deve portare a termine ciò che à principiato, sotto pena de' danni ed interessi (articolo 1991 (1863 LL. civ.)), eccetto che non si trovi in uno de' casi di cui abbiam discorso ai nⁱ 340, 341, e 342. In ogni caso convien terminare quel che si è incominciato.

383. Ci à di più: quando la morte del mandante à posto fine al mandato, e ci à qualche affare di già incominciato, il mandatario è tenuto a terminarlo qualora vi sia urgenza articolo 1991 (1863 LL. civ.).

Ma nel caso in cui non vi fosse nessuna urgenza, l' estinzione del mandato porrebbe termine all'esecuzione, ed il mandatario dovrebbe cessar di fare (6).

384. Osservate inoltre che l' articolo 1991 (1863 LL. civ.) esige dal mandatario ch' ei termini in caso di urgenza ciò che à principiato solamente quando estinguasi il mandato per la morte del mandante. Niuna cosa di simile non gli à imposto per lo caso di rivocazione. Il mandante à bastevolmente dimostrato allora che il mandatario à perduta la sua fiducia, e non saprebbesi imporre a quest'ultimo di usar doveri officiosi verso una persona che diffida di lui.

Nulladimeno, vi sono taluni atti i quali sono talmente ligati a ciò che è stato principiato, che il solo mandatario può condurli a termine. Laonde ei deve compierli. Noi vedremo, con varî esempi esposti più innanzi (7), in qual senso ristretto debba essere ciò inteso.

(1) Nerazio, l. 39, D., *Mandati.* — *Supra*, n° 373.
(2) Brusselles, 7 ottobre 1818. — Dal., *Commissionari*, p. 748 — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, *loc. cit.*
(3) *Mandans alteri aliquid fieri ex natura mandati intelligitur obligatus ad providendam pecuniam necessariam pro implemento mandati* (Casaregis, *disc.*, 48. n° 44) — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, nⁱ 80, 81.
(4) Paolo, l. 45. D., *Mandati.* — Ulp., l. 12, § 12, D., *Mandati.* — *Infra*, n° 653. — V. il mio com. della *Fidejussione*, n° 380.
(5) Art. 124 C. di comm. spagnolo.
(6) Pothier. n° 107. — *Infra*, n° 740.
(7) *Infra*, n° 717.

Articolo 1992 (1864 LL. civ.)

Il mandatario è risponsabile non solamente per il dolo, ma anche per le colpe commesse nell' esecuzione del mandato.

Tale risponsabilità però riguardo alle colpe è applicata meno rigorosamente a quello il di cui mandato è gratuito, che non sia a colui che riceve una mercede (a).

SOMMARIO.

385. Transizione. Delle colpe del mandatario. Della sua risponsabilità.
386. Il diritto romano era andato d'accordo sul proposito con la filosofia e la morale.
Opinione di Cicerone. Sue parole eloquenti sulla fedeltà del mandatario.
387. Diritto francese. Pene contro il mandatario che fraudolentemente converte l'uso delle cose commesse alla sua fede.
388. Ma qual grado di colpa è imputabile al mandatario? la colpa grave? o pure la colpa lieve? ovvero la colpa lievissima?
Antiche discussioni a tal riguardo.
Testi preponderanti del diritto romano i quali rendeno risponsabile il mandatario per la colpa lieve.
Per qual motivo il mandatario era tenuto per la colpa lieve, mentre che il depositario non era risponsabile che per la colpa grave.
Ciò non ostante, in taluni casi eccezionali, lo si rendeva risponsabile per la sola colpa grave.
389. L'opinione dominante, non solamente rendeva il mandatario risponsabile per la colpa lieve, ma gl'imputava pur anche, in talune circostanze, la colpa lievissima.
390. Sotto il Codice civile, il mandatario è tenuto per la colpa lieve.
391. Ma non è tenuto affatto per la colpa lievissima. Argomento tratto dall' articolo 1880 (1752 LL. civ.) per afforzare sì fatta opinione.
392. Bisogna escludere la colpa lievissima non solamente nel diritto civile, ma eziandio nel diritto commerciale.
Confutazione dell' opinione de' sigg. Delamarre e Lepoitevin, i quali vorrebbero, nel diritto commerciale, la risponsabilità per la colpa lievissima.
Spiegazioni che sembrano sufficienti a tutto conciliare.
393. Per altro, il Codice civile à stabilito, in fatto di colpe, talune regole di variabile estensione. Le quali dànno al giudice molta latitudine per fare conveniente giustizia. Non è necessario di amplificarle con superlativi.
394. Applicazione pratica degli articoli 1991 e 1992 (1863 e 1864 LL. civ.).
395. Il mandatario debb' essere circospetto. Il secreto è l'anima della riuscita di molti affari.
396. Il mandatario deve tenere il suo mandante a giorno di tutto quello che succede, altrimenti egli è in colpa.
397. Il mandatario non deve imprendere cosa alcuna di ciò che conosce esser contrario agl' interessi del mandante il quale era nell' ignoranza; in caso diverso egli è in colpa.
398. Il mandatario deve mettersi all' opera come prima è possibile e senza perdita di tempo.
Egli è in colpa se, traccheggiando, lascia fuggire il momento opportuno.
399. Il mandatario deve agire in conformità delle sue istruzioni.
400. Il ricevimento della mercanzia, meno buona di quella ch' era stata commessa, non fa scomparire necessariamente la colpa del commissionario.
401. Il mandatario è in colpa quando effettua l' operazione in un luogo diverso da quello che gli era stato indicato.
402. È anche in colpa, ove si allontani dal tempo determinato per l' operazione.
Modo col quale conviene intender l' ordine di spedir *subito*.
403. Il mandatario non deve allontanarsi dagli ordini relativi al prezzo.
Quid se, allontanandosene, cagiona un danno al mandante per un lato, mentre che per altri lati gli apporta de' vantaggi? Bisognerà compensare lo svantaggio con l'utile?
Opinioni diverse su tal particolare.
L' autore è qui per la compensazione.
404. Condotta che deve tenere il mandatario quando il mandante lo à incaricato di agire *per lo meglio de' suoi interessi*.
Il mandatario deve agire, non solamente come farebbe per sè stesso, ma come in sua vece avrebbe fatto un buon padre di famiglia.
405. Il mandatario commerciale fa sperare ancor più del mandatario civile, *peritiam et industriam!*
Esperienza richiesta dal commissionario.
Esperienza richiesta dal notaio, dal patrocinatore, dall' agente di cambio.
406. Il mandatario non deve mica prestar fiducia alle persone notoriamente insolvibili.

(a) Leggi civili. L' articolo 1992 del Codice civile corrisponde all' articolo 1864 delle Leggi civili espresso ne' seguenti termini:

« Il mandatario è tenuto non solamente per lo dolo, ma anche per le colpe commesse nella esecuzione del « mandato.

« Tal garentia però, riguardo alle colpe, è applicata meno rigorosamente a colui il cui mandato è gratuito, « che a colui il quale riceve una mercede. »

Leggi romane. Il mandatario era risponsabile per lo dolo e per ogni qualsiasi colpa, fosse stata pure lievissima: l. 8, § *ult.*, D., *Mandati*; l. 11, l. 13, l. 21, C., *De Mandato*; l. 23, D., *De reg. juris*: e però il mandante o il costui erede aveva l' azione *diretta* del mandato (l. 8, § 6, D., *Mandati*) da sperimentare contro il mandatario o il suo erede: l. 58, *in prin.*; l. 59, *in prin.*; e § 1, D., *Mandati*.

La quale azione veniva sperimentata in solido contro ciascun mandatario, se il mandato era stato fatto a più persone: l. 60, § 2, D., *Mandati*.

E con essa si chiedeva i danni ed interessi così per lo dolo come per qualunque colpa: l. 8, § 6, l. 12, § 5, l. 27, § 2, D., *Mandati*. (*Edit.*)

Ma se la persona, notoriemente solvibile al tempo dell'operazione, fosse divenuta insolvibile ex post facto, il mandatario non sarebbe tenuto per questo fatto.

Autorità di Marquardus su tal particolare.

Si fatta questione è luogo spesso volte rispetto ai notari incaricati dalle parti di trovare mutuatari.

407. Il mandatario è in colpa quando si sostituisce un mandatario infedele o negligente. Rimando all'articolo 1994 (1866 LL. civ.) per lo sviluppamento di questo punto di diritto.

408. Dell'opposizione d'interessi fra il mandante e 'l mandatario.

A chi mai il mandatario deve usar la preferenza?

409. In caso di naufragio o d'incendio, il mandatario deve forse salvar le cose del mandante anzichè le sue?

L'articolo 1882 (1754 LL. civ.) risolve una tale questione, pel caso di comodato, o la risolve contra il comodatario.

In caso di deposito, la ragione, nella mancanza di testo, la risolve contro il depositante.

In caso di mandato, conviene distinguere il mandato salariato dal mandato non salariato.

410. Il mandatario, quando è incaricato di oggetti appartenenti a diverse persone, deve salvare in preferenza gli oggetti più preziosi.

411. Il mandatario deve ben custodire la cosa affidata alle sue cure.

Esempi di garentia a tal riguardo.

412. La colpa del mandatario viene stimata secondo l'uso de' luoghi.

413. Quando il mandatario è in colpa, la forza maggiore è a suo rischio.

COMENTO.

385. L'articolo 1992 (1864 LL. civ.) si occupa delle colpe che il mandatario può commettere nell'esecuzione del mandato, e della estensione della sua garentia. Quest'articolo è il corollario dell'articolo 1991 (1863 LL. civ.), al quale si congiunge in molti punti che noi abbiamo già percorsi, e che ritorneranno naturalmente sotto il nostro esame nel presente comento.

386. I Romani avevano organizzata con una cura particolare la risponsabilità del mandatario: e la filosofia e la giureprudenza s'erano messe di accordo per indicare a costui i suoi doveri e per mostrargli le conseguenze d'una trasgressione.

« Negli affari privati, dice Ciccrone (1), « quegli il quale essendo incaricato di un mandato, lo aveva eseguito, non solamente con « infedeltà, ma eziandio con negligenza, quegli, « agli occhi de' nostri avi, si cavriva di un incancellabile obbrobrio. Per sì fatto delitto è « stabilito un tribunale. e la giustizia lo colpisce di una pena infamante, nello stesso modo « che colpisce il furto. A mio credere, la ragione ne sta in ciò, che, negli affari che non « possiamo maneggiare di per noi stessi, facciam ricorso ai nostri amici, la fedeltà dei « quali sovviene alla nostra insufficienza. Colui « che viola una tale fedeltà spezza il legame comune degli uomini, e porta, per quanto ne è « in lui, il disordine nella società. Noi non possiamo far tutto da per noi stessi: ognuna à la « sua attitudine a rendersi utile: si contraggono le amicizie per assicurare il vantaggio generale con lo scambievo'ezza de' servigi « Perchè accettare un mandato, se dovete trascurarlo a eseguirlo in vostro pro? Perchè « afferirmi i servigi vostri, quando con la vostra « simulata cortesia voi tradite i miei interessi? « Lasciatemi: farà un altro i miei affari. Vi aggravate di un peso che credete di poter reggere, e che in realtà non è grave se non per « coloro ne' quali è debole la fedeltà! Questa « mancanza è adunque vergognosissima: essa « viola ciò che vi à di più sacro, l'amicizia e « la fede. Imperocchè da un amico in fuori non « v'è quasi altri cui si dia un mandato: nè si « presta la propria confidenza se non a colui che « è reputato fedele. Ora, è il colmo della perversità il violare l'amicizia e l'ingannare colui che non sarebbe stato ingannata se non « avesse riposta in voi la sua fiducia. »

Ciceroae diffamava con queste parole la condotta di un certo Capitone, che il municipio di Ameria aveva incaricato, sotto il sigillo della pubblica fede, di difendere la vita, l'onore ed i beni di Sesto Roscio, e che in vece d'eseguire un tal mandato invertì a sua profitto una porzione delle ricchezze di quest'ultimo e contribuì alla perdita di costui.

387. Laonde, il dolo del mandatario non meritava nè scusa nè compassione agli occhi dei moralisti e de' giureconsulti romani (2). Il nostro diritto civile non gli è più indulgente, e l'articolo 408 del codice penale (430 rifarmato ed aggiunto LL. pen.) pone nella classe de' delitti qualificati la fraudolenta conversione in proprio uso degli oggetti affidati al mandatario a titolo di mandato (3).

388. Quanto alla colpa del mandatario, era una questione dibattuta dagl' interpetri (*onceps quaestio*, dice Doneau) (4) quella di sapere se il mandatario non fosse tenuto che per la colpa grave, come nel deposito il quale è un contratto che quando è gratuito procura l'utile del so-

(1) *Pro Roscio Amerino*, 38.

(2) L. 10 C., *De procurat.* (Alessand.) — Diocl. e Mas., l. 13, C., *Mandati*: « *Et dolum et omnem culpam.* » — Ulp., l. 8, § ult., D., *Mandati*.

(3) Faustina Hélie e Chauveau, t. 5, p. 429.

(4) Lib. 13, c. XI, n° 8 e 9.

lo deponente (1); o pure se fosse tenuto per la colpa lieve (2) o per quella lievissima (3).

Per escludere la colpa lieve, dicevasi: Il mandato gratuito è stabilito principalmente nell' interesse del mandante, e 'l beneficio non deve esser mica oneroso per colui che lo rende (4). Si è questo ciò che la legge à voluto in fatto di deposito (5). Ora, i testi sembrano far gravare la garentia sul mandatario ne'soli casi di colpa grave. Ne fa pruova la legge 8, § 7, nella quale Ulpiano decide che il mandatario che ò incaricato di comperarmi uno schiavo, se trascura di ciò eseguire per dolo o colpa grave (*lata culpa*), è risponsabile. Non è forse chiaro che, non parlando affatto di colpa lieve, la escluda formalmente con tale studiata omissione? Ciò emerge da un testo di Papiniano, contenuto nella legge 1, D., *De off. ejus cui mand. est jurisd.*, e da due altri testi di Ulpiano contenuti nelle leggi 41, D., *Mandati*, e 29, § 3, dello stesso titolo. Sì fatte decisioni sono il corollario della legge 10, D., *Mandati*, nella quale Ulpiano non richiede se non se la buona fede: *Nihil amplius quam bonam fidem praestare eum oportet qui procurat!*

Ma, nell' opinione contraria, argomentavasi da testi positivi i quali decidono che il mandatario è tenuto *de omni culpa* (6); e la loro autorità era più grave di quel che fossero le induzioni che nell'altro sistema si desumeva, a forza di conseguenza, da passi ben poco precisi.

Intanto perchè mai, nel mandato gratuito, sottoponevasi il mandatario alla risponsabilità della colpa lieve, mentre che il depositario, altro agente gratuito, era tenuto per la sola colpa grave?

Era questa la ragione che se ne dava: il depositario à soltanto una parte passiva da adempiere ; egli non à promesso altro che una custodia in certo modo oziosa, la quale non richiede che buona fede. Ma il mandatario à promesso qualche cosa di più, val dire, abilità nell' agire, ed arte nel fare. Non si deve adunque rimaner sorpreso s'egli è tenuto più severamente. Sì fatta è la spiegazione di Noodt (7) e di Pothier (8).

Nulladimeno, avevasi riguardo alla sola colpa grave, in taluni casi particolari, siccome a cagion d'esempio quando il mandatario era stato fortemente premurato ad incaricarsi dell' affare, ed egli non aveva fatto altro che ubbidire alle vive istanze di un amico che non riaveoiva alcuno il quale avesse amministrati i suoi affari (9). Ma, generalmente parlando, opinavasi che il mandatario dovesse esser obbligato a qualche cosa di più.

389. Poichè per la forza de' testi la colpa grave andava a questo modo, questionavasi se il mandatario fosse tenuto per la colpa lievissima. L' affermativa era predominante (10). Ed a coloro i quali si prevalevano della legge 23, D., *De reg. juris*, per sostenere che la sola colpa lieve era imputabile, opponevasi le leggi 13 e 21 del Codice, *Mandati*.

Così, ora colpa grave, ora colpa leggiera, ora colpa lievissima: erano queste le tre cause di risponsabilità che davano azione contro il mandatario.

Vediamo adesso il diritto moderno.

390. Non esitiamo a credere che il mandatario può dovere, sotto il Codice civile, non solamente l' indennità del suo dolo e della sua colpa grave, ma eziandio quella della sua colpa lieve: l' articolo 1992 (1864 LL. civ.) non lascia nessun dubbio su tal riguardo.

391. Ma se mi si domanda quel ch'io giudico della colpa lievissima, io rispondo che la rifiuto nel modo più formale e con la più piena convinzione. In altro luogo io ò esposta la teoria generale del Codice civile sopra sì fatta questione di risponsabilità; ed ò dimostrato che il Codice civile esclude i superlativi, e che non richiede altro dal debitore se non se la diligenza ordinaria e ragionevole del buon padre di famiglia (11).

Come mai potrebbe avvenire diversamente nel caso di mandato? Che! quando trattasi di una cosa prestata, il comodatario è stato liberato con l' articolo 1880 (1752 LL. civ.) dalla risponsabilità della colpa lievissima, che lo antico diritto faceva gravare su di lui (12); e si vorrebbe che il nostro articolo avesse trattato il mandatario con rigore maggior di quello con cui à trattato il comodatario! ! Parlava il buon senso per la bocca di Paolo, quando ei diceva: *Diligenter fines mandati custodiendi sunt*(13).

(1) Mio com. del *Deposito*, n° 64.
(2) Doneau, *loc. cit.*
(3) Hilliger su Doneau, *loc. cit.*, nota (4).
(4) L. 61, § *Quod vero*, D., *De furtis*.
(5) Mio com. del *Deposito*, n' 66, 67.
(6) Diocl. e Mas., l. 13, C., *Mandati*.
(7) *Mandati*, p. 204.
(8) Pothier, n° 46.
(9) Pothier, n° 49.
(10) Cujacio, l. 23, D., *Depositi* (a, *Differ. Modest.*). — Hilliger su Doneau, lib. XIII, c. 11, nota (4). — Voet, n° 9. — Vinnio. *Quaest. solutae*, lib. 1, c. 52.
(11) Mio com. della *Vendita*, t. 1, n' 361 e segg. — Mio com. della *Locazione*, n' 355 e 1077. — Mio com. della *Società*, t. 2, n° 566. — Mio com. del *Prestito*, n' 77 e 78. — Mio com. del *Deposito*, n' 63 e segg.
(12) Mio com. del *Prestito*, n° 77.
(13) L. 5, D., *Mandati*.

Si' *diligenter*, ecco ciò che è richiesto dalla sana morale e dalla ragione, ma non mai superlativi, ma non mai esagerazione. Il diritto civile non è mica un codice di doveri ascetici.

392. In diritto civile, i sigg. Delamarre e Lepoitevin sono del mio parere (1). Ma essi, troppo proclivi a trovar differenze fra il diritto civile e 'l diritto commerciale, pretendono che il mandatario commerciale, risponsabile più severamente del mandatario civile, sia il padre di famiglia diligentissimo, l' uomo dai cento occhi sempre aperti, *totus oculeus*. Io non posso seco loro dividere una tale opinione; non la trovo fondata su nessuna ragione; nè veggo per qual motivo il mandatario di commercio, che si conduce nella stessa guisa con la quale si diportano, in simil caso tutt' i buoni negozianti, incorrerebbe una garentia.

Io so che se paragonasi la consueta condotta del mercante con la consueta condotta dell' uomo privato, si trova essere il primo, generalmente parlando, più avveduto, più attento, più preoccupato del guadagno e della riuscita. Ciò sta nello spirito del negozio il cui scopo è quello di arricchirsi, e che attende a far tornare tutti gli eventi in cagione di profitti. Se quindi si ragguagliasse la condotta del padre di famiglia negoziante a quella del padre di famiglia non negoziante per proporzionare le obbligazioni di quello sulle obbligazioni di questo, io concedo ai sigg. Delamarre e Lepoitevin che si cadrebbe nell' errore derivante da un difetto di eguaglianza. Ma notiamo che è tutt' altra la nostra tesi! Noi compariamo negoziante a negoziante, o sia, come dice Casaregis in qualche luogo: « *caeteris ejusdem professionis* (2). » Questo è il tipo del buon padre di famiglia negoziante che ci serve di base; ed allor quando troviamo che un mandatario negoziante si è regolato su tal modello, noi sosteniamo aver lui adempiuto i doveri della prudenza e della buona fede.

393. Del rimanente, in questa scala che principia dal dolo per finire alla colpa lieve, ci à campo abbastanza perchè si renda giustizia a cui è dovuta. Si rileva pur anco che il Codice civile à stabilita una regola capace di variabile estensione, la quale concede al giudice di discernere i casi e di applicare la risponsabilità con maggiore o minor rigore quando il mandatario è salariato o quando esso è gratuito.

Laonde, potranno i magistrati aver ricorso all' equità: nel caso di mandato gratuito, eglino vedranno se il mandatario che da amico presta un servigio debba usare sollecitudini maggiori di quelle da lui usate ne' proprî suoi affari, e se non debba una risponsabilità più severa esser riserbata pel mandatario che riceve una retribuzione, o pure per colui che si è dimostrato officioso e che per effetto delle sue promesse à impedito al mandante di scegliere un rappresentante più idoneo.

Ma quel che mi sembra sicuro si è che i tribunali, quando ànno dichiarato in fatto l'esistenza della colpa grave, non debbono arbitrariamente attenuare l' indennità dovuta al mandante e prendere pretesto dalla gratuità del mandato per togliere alla persona danneggiata la giusta ed intera compensazione del nocumento che à sofferto. Un arresto della Corte di Rennes, citato dai sigg. Delamarre e Lepoitevin, à stabilita una tale verità, ed io non mi associo alla critica che ne fanno questi dotti autori (3). A mio credere, del pari che secondo l' opinione della Corte di Rennes, l' art. 1992 (1864 LL. civ.) non vuol dire affatto che quando il mandato è gratuito i giudici avranno l' arbitrio di ridurre la riparazione al di sotto del valore del danno reale e legalmente provato. Esso esprime (e nulla più) che, quando il mandato è gratuito, la colpa può non essere giudicata con la stessa severità, e che non è sempre giusto il pretendere dal mandatario talune cure ch' egli à potuto omettere in buona fede e senza gran mancamento.

394. Passare in disamina tutte le colpe nelle quali potrebbe cadere un mandatario sarebbe un' impossibile impresa: e tutta la scienza di tutt' i casisti uniti insieme non vi potrebbe riuscire. Ma è dovere dell' interpetre il riunire un certo numero di casi che sieno atti a rischiarare le regole degli art. 1991 e 1992 (1863 e 1864 LL. civ.)

395. Primo dovere del mandatario, e soprattutto del mandatario commerciale, è la circospezione ed il segreto. « *Tra mercadanti* dice Casaregis, *si usa questa prudenza* « *di tenere occulti et segreti i loro negozj* (4). » Ecco perchè succede assai spesso che le operazioni di commercio vengono effettuate da commissionari per conto, i quali non rivelano il nome del loro mandante e procedono sotto il proprio loro nome. Se dall' imprudenza d' un commissionario derivasse qualche danno al committente, vi sarebbe luogo a risponsabilità.

396. Secondo dovere del mandatario è quello di tenere il suo mandante a giorno di tutto ciò che può essergli utile, e d' istruirlo sullo stato dell' affare, sul suo andamento, sugl' incidenti che lo contrariano, ecc, ecc. (5). La negli-

(1) T. 2, n° 219. — Casaregis (*disc.* 36, n.i 2 e 21), il quale è citato dai sigg. Delamarre e Lepoitevin, non è qui un' autorità; chè egli parla secondo le idee del diritto antico.

(2) *Infra.* n° 412.

(3) T. 2, n° 233.

(4) *Disc.* 58 n° 14 — Ansaldo, *disc.* 80, n° 82. — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, p. 93.

(5) Cajo, l. 27, § 2. D., *Mandati.* — Casaregis, *disc.* 125, n° 22, e *disc.* 119, n° 63. — Savary, t. 1 p. 569. — Articolo 184 Codice spagnuolo. — Articolo 64 Codice portoghese.

genza del mandatario nel dare al mandante gli avvisi che son atti ad influire sulle costui risoluzioni aprirebbe l'adito ad un'azione per risponsabilità (1). È d'uopo ch'ei sappia tutto ciò che può determinarlo a confermare, riformare, o modificare i suoi ordini (2). *Si negotium propter dilotionem temporis non patiine praejudicium, mercator tenetur prius correspondentem advertere de eo quod inopinate evenit, vel de impedimento ex cujus causa nequit mandotum exsequi in forma praescripta, atque exspectare ulteriora mandata* (3). Noi dianzi abbiamo osservato molti esempi di una tale necessità di avvisare (4).

Ed il mandatario non solamente deve avvisare il mandante di tutto quello che sopraggiunge d'importante nel corso dell'operazione, ma deve dargli eziandio il più pronto avviso della conchiusione dell'affare (5): altrimenti sarebbe egli tenuto per i danni che avrebbe potuto cagionare al mandante facendogli supporre col suo silenzio non esser fatto l'affare. Così, per esempio, io v'incarico di comperarmi 20 panieri di *sciampagna* e di spedirmeli al più presto possibile. Voi, in vece di darmi avviso della conclusione dell'affare, zittite; ed io, che credo voi non esservi provveduto, rivoco il mio ordine e mi dirigo altrove per essere servito. La mercanzia resterà per vostro conto. Ciò è quanto vien deciso espressamente dall'art. 2031 (1903 LL. civ.) nell'analoga materia della *fidejussione* (6).

397. Terzo dovere del mandatario è quello di non imprendere un affare ch'ei sa dovera necessariamente fallire, e che il mandante non gli aveva commesso se non se perchè lo credeva possibile. L'imprendere un affare che evidentemente dev'essere oneroso al mandante è una colpa (7): il mandatario deve avvisare il mandante, qualora ne abbia il tempo; altrimenti deve provvedere con prudenza ai bisogni impreveduti dello stato di cose (8).

A cagion d'esempio, Pietro spedisce a Giacomo suo corrispondente talune tratte da negoziarsi con Francesco, il fallimento di cui è ignorato dal primo: il dovere di Giacomo, che ne è informato, sarà quello di non fare.

398. Quinto dovere del mandatario è di porsi all'opera il più presto possibile, quando nessuna cosa impedisce l'esecuzione dell'affare (9). S'ei lascia trascorrere il tempo opportuno, s'ei differisce l'operazione ad un tempo lontano o indefinito, egli è tenuto per le perdite e per i danni

Supponghiamo che incarico il mio commissionario di comperarmi de' grani, e che costui senza necessità attenda un tempo in cui i cereali saranno aumentati di prezzo, mentre che facendone la compra più presto, li avrebbe pagati a minor prezzo: ei commette una colpa; ei mi deve un'indennizzazione (10).

399. Sesto dovere del mandatario è quello di procurare al mandante un'esecuzione del mandato conforme alle sue istruzioni. Abbiam trattato questo punto con particolarità ne' numeri 256 e segg., ed abbiamo dimostrata l'importanza e l'estensione di questo precetto, così sotto il rapporto filosofico, che sotto il rapporto giuridico e pratico. Noi qui non ne rifaremo disamina se non se per dire, che il mandatario commette una colpa, sia che proceda contro la forma del mandato (11), sia che oltrepassi i limiti (12), sia che rimanga al di qua de' suoi limiti (13), sia che si allontani dai mezzi di esecuzione che gli sono stati indicati (14).

400. Esisterà quindi una colpa, quando il mandatario non osserva la istruzioni che gli sono state date relativamente alla cosa stessa che costituisce l'oggetto del mandato; quando la spedisce meno buona di quella che era stata richiesta (15); o pur quando sostituisce una cosa ad un'altra (16), fuori i casi che possono farlo scusare e che dianzi noi abbiamo enumerati (17).

È notate che la sola ricevuta della mercanzia meno buona non fa scomparire necessariamente la colpa del commissionario. L'art. 105 del Codice di commercio (104 LL. di ecc.),

(1) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 111, e n° 44, *in fine*.
(2) *Confirmar, reformar, modificar sus ordenes*, dice il Codice spagnolo.
(3) Casaregis, *disc.* 125, n° 22, e *disc.* 119, n° 63.
(4) Ni 349 e segg.
(5) Casaregis, *disc.* 26, n° 4. — Codice spagnolo, articolo 134. — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 112.
(6) *Infra*, com. di quest'articolo, n° 371.
(7) Argomento da ciò che dice Casaregis, *disc.* 125, n° 19, combinato con i ni 22 e 23, e *disc.* 119, n° 64, verso la fine.
(8) *Loc. cit.* — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 44.
(9) Cajo, l. 27, § 2, D., *Mandati*. — Casaregis, *disc.* 119, n° 15. — Articolo 801, Codice portoghese. — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 24. — *Supra*, n° 339.
(10) Casaregis, *disc.* 119, n° 65.
(11) *Supra*, ni 260. 261.
(12) *Supra*, n° 269.
(13) *Supra*, n° 302.
(14) *Supra*, n° 308.
(15) Bordò, 3 fruttidoro anno VIII. Dal., *Commissionario*, p. 750.
(16) *Supra*, n° 352.
(17) *Supra*, n° 264. Esempi.

di cui talvolta è piaciuto prevalersi, è relativo al solo caso di avaria, e non risguarda che i rapporti del vetturale col destinatario Qui si tratta d'un vizio inerente alla cosa, il quale rende imperfetta la commissione, ogni qualvolta è riconosciuta la non identità (1).

401. Si avrà pure una colpa grave quando ei non attende alle istruzioni relative al luogo. Ne abbiamo osservato un esempio in un caso nel quale avendo un committente incaricato il suo commissionario di comperargli certa acquavite nel mercato di Béziers, costui aveala comprata in un mercato diverso (2). Spesso il mandante à gravi motivi per attendere a ciò che l'operazione sia effettuata nel tale luogo anzichè nel tale altro: vi sono case più solide di talune altre; vi sono di quelle dalle quali si à mercanzia migliore e nelle quali si è sicuro di trovarla dello qualità indicata: quella tale provenienza à maggior rinomanza perchè deriva dalla tale origine, ecc. È adunque una colpa grave il trasgredir l'ordine che à rapporto al luogo, e si è tenuto per lo danno quando anche si fosse agito con buona intenzione (3).

402. Non sarebbe minor colpa quella di allontanarsi dal tempo determinato con la procura. La Rota di Genova dice in termini precisi: *Mandatum factum in termino non potest exsequi ante nec post* (4).

Ciò non ostante, ci à de' casi in cui l'obbligo di conformarsi al tempo indicato non deve essere applicato con una severità molto grande. Per esempio, l'ordine di spedir *subito* è spesse volte subordinato per la natura delle cose ad un tempo morale e stabilito con equità (5).

403. Gli ordini relativi al prezzo debbon essere parimente osservati con esattezza, senza di che il mandatario commette una colpa. Il comperare a prezzo maggiore di quello indicato, il vendere a minor prezzo, sono mancamenti che dànno luogo a' danni ed interessi, o che possono ancora autorizzare il mandante a lasciare l'operazione per conto del mandatario (6).

Non dovrà per altro dimenticarsi come talvolta esistono impossibilità che non lasciano al mandatario la libertà di agire secondo le sue istruzioni, e che lo autorizzano a costituirsi *negotiorum gestor* del mandante ad oggetto di agire per lo meglio degl'interessi di quest'ultimo (7).

Ma, generalmente parlando, il mandatario deve strettamente attenersi alla parola del mandato. Eccetto il caso d'impossibilità, non gli è lecito di allontanarsene se non quando fa il vantaggio del mandante: per esempio, se, avendo la facoltà di comprare al prezzo di 10, compra al prezzo di 8; o se, avendo la facoltà di vendere per 20. ci vende per 25 (8).

Del rimanente, allor quando il mandatario, incaricato di più commissioni, oltrepassa sopra una cosa il prezzo indicato, mentre che ottiene migliori prezzi sopra altre cose, si potrà, secondo le circostanze, compensare l'utile con la perdita, e non trattare il commissionario con soverchio rigore. Questo temperamento ritrova la sua ragione nella legge 11, D., *De usuris*.

Gli è vero che la Corte di Brusselles à giudicato il contrario, prendendo per punto di analogia l'art. 1850 del Codice civile (1722 LL. civ.) (9). Ma una tale decisione è stata trovata troppo severa dai sigg. Delamarre e Lepoitevin (10). Ed io opino parimente che ogni qualvolta vi sia connessità negli ordini, si farà meglio a vedere il risultamento dell'operazione, ed a sanzionare la compensazione ammessa dalla legge 11, D., *De usuris*, e soprattutto da Pomponio nella legge 11, D., *De neg. gestis*. Questi testi si trovano in armonio col nostro soggetto più di quello che sio l'art. 1850 del Codice civile (1722 LL. civ.) (11).

404. Allor quando il mandante lascia al mandatario lo facoltà di agire per lo meglio de' suoi interessi, si fatta latitudine gli dinota essersi contato sullo sua vigilanza e sulla sua abilità. Egli deve adunque al mandante tutto quello che quest'ultimo a sperato da lui. Per attendere precisamente ai propri doveri, sarà necessario ch'ei si comporti al modo istesso de' diligenti padri di famiglia (12). L'agire in quella guisa che avrebbe fatto per sè medesimo non è sempre sufficiente. Allorchè si agisce per sè stesso, esistono talune cose che si è padrone di trascurare o anche di sacrificare, e talvolta non ci si bada tanto da vicino. Ma un mandatario non à mica il diritto di trattare in simil

(1) Lione, 9 aprile 1823. Dal., *Commissionario*, p. 751.
(2) *Supra*, n° 267.
(3) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 153.
(4) *Decis.* 2, n° 35. — Delamarre e Lepoitevin, ni 124, 137.
(5) Brusselles, 20 giugno 1829. D., *Commissionario*, p. 752.
(6) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, ni 160, 163, 168. — Brusselles, 20 giugno 1829. D., *Commissionario*, p. 752.
(7) *Supra*, ni 352, 353 e segg. — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, ni 171, 176.
(8) Paolo, l. 5. § 3, D., *Mandati*.
(9) 20 giugno 1829 (Dal., *Commissionario*, p. 752). — Dello stesso avviso è Pothier, n° 50, e dopo di lui Duranton, t. 18, n° 244, e Zachariae, t. 3, p. 127 e 128.
(10) T. 2, n° 147, il cui parere è uniforme a quello di molti dottori citati da Brunemanno, sulla legge 4, C., *Mandati*. — *Infra*, n° 433.
(11) V. *Infra*, n° 433. ove ciò è trattato con maggiori particolarità.
(12) Casaregis, *disc.* 36, ni 13 e 38.

modo gl'interessi del suo commettente: ei deve fare tutto quel che farebbe in sua vece un diligente padre di famiglia.

405. Soprattutto del mandatario commerciale si può dire: *Spondet peritiam et industriam*. Nella pratica della commissione si acquista un'esperienza della qualità e del prezzo delle mercanzie, una conoscenza delle buone case, un'abilità nel maneggiare gli affari, ecc., ecc., le quali rendono intelligente il commissionario, e dànno tutta la sicurezza ai committenti.

La stessa perizia è richiesta relativamente ai notari, agli agenti di cambio, ai patrocinatori, ecc., ecc.

406. In ogni caso, il mandatario commette una colpa, quando, essendo libero di trattare con i terzi, presta fiducia a persone che sieno notoriamente insolvibili (1).

Noi diciamo: notoriamente insolvibili; imperciocchè se esse fossero solvibili notoriamente al tempo del contratto, e fossero poscia divenute insolvibili, il mandatario non sarebbe mica tenuto per questo fatto posteriore. Un tale punto è stato giudicato cento volte ne' tribunali consolari, come Marquardus ce ne fa fede nel seguente passo:

« *Mercator cui transmissae sunt merces*
« *cum mandato ut eas ad diem vendat*; *si*
« *vendidisset, et mercium emptores, amissa*
« *fide*, QUA TEMPORE CONTRACTUS ERANT,
« *decoxissent, mandati teneatur, ex eo quod*
« *minus diligenter illud curaverit*; me ad
« hoc cogendum, cum leges alliciunt, tum
« Baldi auctoritas. Leges inter alias praecipuae sunt: l. 3, D., *De cond. et demonstr.*;
« l. 37, § 1, D., *De negot. gest.*; Baldus vero in *cons.* 72, vol. 3, etc., scribit: *Ille*
« *qui tenetur assignare nomina debitorum*,
« *tenetur assignare veros debitores*; *non autem cogitur assignare tales, qui sint solvendo semper*; *nisi hoc facere posset*. Atque ita pro factoribus, quibus transmissae
« sunt merces ad vendendum, vel alia cura
« contractuum demandata est, *in magnis emporiis saepe pronuntiatur, et per statutum*
« *Hamburgense plenius explicatur*; cui adde
« Deoium, *cons.* 7; Straecham, *De mand.*,
« n° 36. »

Laonde, non deve dirsi che il mandatario risponde di pieno diritto della solvibilità de'debitori. Egli non è garante della loro idoneità ad adempiere le loro obbligazioni (2), eccetto se se ne fosse renduto risponsabile (3). Se il loro fallimento manifestasi dopo il fatto, ei non è tenuto per un tale accidente, il quale può deludere la prudenza dell'uomo più accorto. Ma non è men certo che egli, ove sinsi imprudentemente affidato a terzi conosciuti per la loro cattiva fede, per la loro insolvibilità, pel loro dissipamento, pel loro disordine, à commesso un'imprudenza della quale deve dar conto al suo committente.

Spesso si è cercato far gravare su i notari, incaricati dalle parti per lo rinvenimento dei mutuatari, la garentia degli sbagli avvenuti sulla costoro solvibilità. Molti di essi sono stati dichiarati risponsabili (4): e molti altri ànno scampato da ben giusti regressi, allor quando àn dimostrata la loro diligenza e la loro sollecitudine (5).

407. Il mandatario è similmente in colpa allorchè si sostituisce un agente infedele o negligente (6). Ma questo punto si ricongiunge al comento dell'art. 1994 (1866 LL. civ.), al quale noi rinviamo.

408. Quando gl'interessi del commissionario sono in opposizione con quelli del committente, la preferenza è dovuta agl'interessi di quest'ultimo (7). Il mandatario che à accettata la commissione, e che con ciò à impedito al mandante di affidarla ad un'altra persona interamente indifferente, à promesso in certo modo di attendere agl'interessi del suo mandante più di quello che attenderebbe ai suoi proprî.

Io so che si fatta preferenza impone al cuore dell'uomo uno sforzo penoso; ma chi mai obbligava il mandatario ad incaricarsi del mandato? Si è perciò che i sigg. Delamarre e Lepoitevin ànno giustamente osservato come, nella giureprudenza inglese, i doveri del commissionario riguardo all'esecuzione sono modellati su quelli del servitore.

409. Da ciò la quistione di sapere se in un caso di naufragio, d'incendio o di altra forza maggiore che non permette di salvare assieme la cosa del mandatario e l'altra che il mandante gli à affidata, ma in cui può intanto essere salvata o l'una o l'altra, il mandatario debba salvar quella del mandante in preferenza della sua.

L'art. 1882 del Codice civile (1754 LL. civ.) si propone questa questione per lo caso di comodato, e la risolve contro il comodatario! Noi altrove ne abbiamo esposte le ragioni (8). Il comodatario riceve un beneficio; e

(1) *Supra*, n° 371.
(2) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, p. 571, n° 308. I quali traducono Baldo, *cons.* 72, vol. 3, e Marquardus, lib. 2, c. 11. n° 58.
(3) *Supra*, n° 373.
(4) *Supra*, n° 19 e segg. Caen, 24 maggio 1836. D., 40, 2, 102.
(5) Aix, 29 luglio 1839. Dal., 40, 2, 112.
(6) Toubeau, p. 119.
(7) Delamarre e Lepoitevin, t. 2. n° 77, p. 185, e n° 93, p. 219.
(8) Mio com. del *Prestito*, n° 115.

però mancherebbe alla riconoscenza se non desse la preferenza alla cosa del comodante.

Ci siamo pur anco proposta la questione di conoscere se l'art. 1882 (1754 LL. civ.) debba essere esteso al depositario; ed abbiamo risposto per la negativa: imperciocchè il depositario, anzichè ricevere un beneficio, lo rende egli al deponente (1).

Queste due soluzioni ci serviranno per risolvere la questione, nel caso di mandato. Se il mandato è gratuito, il mandatario, il quale presta un ufficio come il depositario, non dovrà essere trattato con la stessa severità con cui è trattato il comodatario: sarebbe ingrato quel mandante che esigesse da lui il sacrifizio della propria di lui cosa; e non sarebbe ammessibile a querolarsene. Il mandatario dovrebbe sacrificare la cosa sua solamente quando questa fosse minima, e quella del mandante fosse di gran pregio, siccome ciò à luogo nel caso di deposito, salvo a farsi indennizzare della sua perdita dal mandante.

Ma se il mandato è salariato, il mandatario deve al mandante il sacrifizio della sua cosa. La mercede non gli vien data se non perchè invigili per lo meglio degl'interessi del proprietario, perchè sia *l'alter ego* di quest' ultimo, e perchè faccia tutto quello che si farebbe da costui ove fosse presente. Ora, il mandante, se fosse presente, salverebbe la sua cosa. Il mandatario è quindi considerato di aver promesso che la salverebbe per lui (2).

410. Allor quando il commissionario tiene oggetti appartenenti a diverse persone, che non può sottrarre tutti dalla perdita onde la forza maggiore li minaccia, è giusto ch' ei salvi i più pregiati, qualora abbia il tempo di farne una scelta (3). Chi mai potrebbe trovarlo riprensibile per aver sottratto dalle fiamme una scatola di diamanti appartenenti a Giacomo mentre che lasciava andare in perdita un sacco di grano appartenente a Francesco?

411. Il mandatario non solamente deve condurre con intelligenza e con prudenza l'affare che gli è affidato, ma deve custodire con diligenza la cosa istessa della quale è detentore pel suo mandante.

Angelo Camagni, trovandosi a Costantinopoli spedì ad Albert, residente in questa città, una certa quantità di mercanzie per effettuarne la vendita mediante salario. Albert affidò la custodia di tali mercanzie alla donzella Casset, mercantessa di mode, in casa della quale scoppiò un forte incendio nella notte del 15 al 16 aprile 1838. Profittarono i furfanti del disordine indivisibile da sì fatti avvenimenti per penetrare ne' magazzini malamente serrati, e robarono le mercanzie. Alberto sostenne com' era per forza maggiore che vennero queste a perire. Ma con arresto del 28 febbraio 1840 la Corte d'Aix decise che il furto, essendo avvenuto senza rottura e senza violenza, non poteva essere imputato se non alla negligenza della donzella Casset, e che Albert era risponsabile per la colpa di costei (4).

412. La colpa del mandante viene valutata secondo l'uso de' luoghi. Il perchè, non puossi far rimprovero a quel commissionario il quale à proceduto in conformità de' modi usitati nella piazza cui appartiene(5) *Mandatarius non obligatur plus agere quam quod a caeteris ejusdem professionis* IN LOCO UBI EXSEQUITUR MANDATUM *in aliis casibus observari solet*(6).

413. Il mandatario, allor quando è in colpa, è tenuto per la forza maggiore. Ne abbiam veduto un esempio in una decisione renduta dalla Rota di Genova, e relativa ad una spedizione di grano effettuata da taluni commissionari di Palermo col mezzo di navigli diversi da quelli designati con la commissione. Venuto a perire il carico, la Rota giudicò che la perdita era per conto de' commissionari (7). Casaregis applica questi principi al mandato per assicurare o trasportare le mercanzie, e decide che il mandatario, quando si allontana dagli ordini a lui dati, è tenuto per la forza maggiore. « *Mandato dato de assicurandis vel transvehendis mercibus sub aliqua conditione vel qualitate, tenetur mandatarius de casu sinistro* (8). »

(1) Mio com. del *Deposito*, n° 71.

(2) I sigg. Delamarre e Lepoitevin sono di quest' ultimo avviso, t. 2, n° 77. Ma essi non fanno la distinzione del mandato salariato e del mandato non salariato.

(3) *Id.*, *loc. cit.*

(4) *Journal du Palais*, 1840, t. 2. — *Supra*, n° 372. — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 221.

(5) Straccha, *Mandati*, n° 41. — Casaregis, *disc.* 176, n' 42, 43, 44, e *disc.* 144, n' 39 e 40.

(6) Casaregis, *disc.* 224, n° 18.

(7) *Supra*, n° 308.

(8) *Disc.* 1, n° 26.

Articolo 1993 (1865 LL. civ.).

Qualunque mandatario deve render conto del suo operato, e corrispondere al mandante tutto quello che ha ricevuto in forza della sua procura, quando anche ciò che ha ricevuto non fosse dovuto al mandante (a).

SOMMARIO.

414. Dell' obbligo di render conto. Esso è inerente al mandato, e procede dalla buona fede.
415. De' documenti in appoggio del conto.
Può essere convenuto che il mandatario non produrrà nessun documento giustificativo.
Può esser mai convenuto che non renderà conto alcuno?
416. Delle cose che debbono esser comprese nel conto. La regola in questa materia è, che il mandatario non deve ritenere cosa alcuna di quanto gli è venuto per effetto del mandato.
417. Applicazione ad un caso particolare fatta da Ulpiano di questa regola. Osservazioni che ne sorgono: gravi difficoltà che impediscono di ammetterla nel diritto francese.
418. Il mandatario deve di pieno diritto l' interesse delle somme che à applicate a suo vantaggio. Rinvio per questo punto di diritto,
419. egualmente che per una questione la quale vi si ricongiunge.
420. Deve egli render conto degli utili naturalmente illeciti da lui ritratti in agendo pel mandante?
Esame di sì fatta quistione nel caso in cui la procura tenda a malfare, com' essere ad avventurare o a fare operazioni di contrabbando.
421. Continuazione di questo primo caso.
422. Esame della questione nel caso in cui il mandatario si è servito della cosa del mandante per procurarsi degl' illeciti profitti senza l' ordine del mandante.
Differenze stabilite sopra tal particolare dalle leggi romane fra la società ed il mandato. Nella società, non deve esservi partecipazione alcuna di guadagni disonesti. Nel mandato, per l' opposto, il mandatario deve render conto di tutto, anche de' profitti fatti illecitamente all' insaputa del mandante.
423. *Quid* sotto il Codice civile?
L' autore è per l' affermativa.
424. Spiegazione della differenza che le leggi romane àn posta fra la società ed il mandato.
425. Il mandatario deve restituire al mandante la cosa che gli è stata consegnata per effetto del mandato, quando anche non appartenesse questa al mandante.
Il mandatario non è altro che un *nudus minister*. Ei non deve affatto decidere quistioni di proprietà che non gli riguardano.
426. *Quid* se il mandatario scoprisse che la cosa è stata rubata, e che lo si rende un ricettatore?
Conchiusione sulla dottrina esposta ai numeri 425 e 426.
427. Il mandatario non deve eseguire il mandato quando questo è illecito. Deve rimuoversi dal fare.
Esempio tratto dal mandato di trasmettere una cosa ad una congregazione religiosa non autorizzata.
428. Il mandatario deve rilasciare i documenti che gli sono stati consegnati per la sua gestione.
Quid delle lettere missive?
429. Usanza abusiva di taluni commissionari su certe piazze.
430. Il marito che amministra i beni parafernali di sua moglie in forza di un tacito mandato non è tenuto a render conto così strettamente per quanto sono gli altri mandatari.
Quid nel caso di mandato espresso?
431. Il mandatario deve dar conto di tutto ciò che à riscosso, ed anche di quello che à trascurato di riscuotere per sua colpa.
432. Ma se non ci à colpa dalla sua parte, deve dar conto solamente di ciò che à ricevuto.
433. Se il mandatario à sacrificato per un capo gl' interessi del suo mandante, e se per un altro capo li à migliorati, converrà forse compensare?
434. Il mandatario non deve dar conto delle cose che per forza maggiore son venute a perire;
eccetto quando questa perdita abbia dato motivo ad una indennità da lui ricevuta. Decisione della Rota di Genova a tal riguardo.
435. Il mandatario è responsabile per lo caso fortuito avvenuto per sua colpa,
436 e quando ei sia già in mora.
437. Della perdita per forza maggiore de' denari contanti de' quali il mandatario è detentore per effetto del mandato.
Essa è per conto del mandatario. Quale sia la ragione di sì fatta differenza fra la perdita de' danari contanti, e la perdita degli altri oggetti.
438. Spiegazione. Distinzione fra il danaro contenuto in sacchi sigillati, ed il danaro numerato al mandatario senza questa cautela.
439. Continuazione di tale distinzione.
Altra distinzione proposta dai sigg. Delamarre e Lepoitevin e che si ricongiunge alla precedente.
440. Seguito.
441. Seguito.
442. Seguito.
443. La regola stabilita al n° 437 è applicata alle materie civili del pari che alle materie commerciali.
444. Dopo del *debet* del mandatario viene il capitolo de' suoi crediti.
Rimando per questo agli articoli 1999 (1871 LL. civ.) e seguenti.

(a) Leggi civili. L' articolo 1993 del Codice civile corrisponde all' articolo 1865 delle Leggi civili espresse nel seguente modo:
« Ogni mandatario deve render conto del suo operato, e corrispondere al mandante tutto quello che ha ricevuto in forza della sua procura, quando anche ciò che à ricevuto, non fosse dovuto al mandante. »
Leggi romane. Concordano col presente articolo le leggi 6, 8, § *ult.*, 9, 10. *in prin.*, 43, e 45., D., *Mandati*. (*Edit.*)

COMENTO.

414. L'obbligo di render conto è inerente al mandato (1). Chiunque amministra gli affari di un altro è debitore di un conto. Così vuole la buona fede: *ex bona fide rationem reddere debet* (2); così vagliono i precetti della legge scritta, del pari che la morale (3). Il conto non è solamente nell'interesse del mandante, ma eziandio è nell'interesse dello stesso mandatario. È dell'onore del mandatario il mostrare apertamente la sua gestione; ed è del suo interesse il procurare con un conto intero ed esatto ciò che può essergli dovuto allato a quello che può egli dovere.

415. I documenti del conto son contenuti nelle lettere, nelle fatture, nelle ricevute, nei registri di commercio regolarmente tenuti. Un commissionario cui si domandasse la produzione de' suoi registri e che non la facesse, non sarebbe mica considerato aver renduto un conto regolare e completo (4).

Nulladimeno ei può essere dispensato con la convenzione dal produrre i documenti giustificativi. La giurisprudenza offre esempi di sì fatta stipulazione e del riguardo che i tribunali ònno avuto per la volontà delle parti (5).

Ma la clausola con la quale il mandante dispensasse il mandatario dal render conto non anderebbe forse contra l'essenza del mandato? e, in tal caso, dovrà esser essa considerata come nulla, ed aversi per non scritta?

Tale questione è stata risoluta con un arresto pronunziato dalla camera civile della Corte di cassazione nel 24 agosto 1831 (6) in un senso favorevole al mantenimento di quel patto. La ragione ne sta in ciò, che il mandato perde allora i suoi caratteri propri e naturali, e che questo trovasi trasmutato in una liberalità fatta dal mandante al mandatario, liberalità della quale il mandatario è padrone di profittare e della quale profitta effettivamente quando ricusa dare il suo conto. Nel caso giudicato dalla Corte di cassazione, vi erano circostanze notevoli, le quali dimostrano evidentemente l'esattezza della soluzione: un figlinolo aveva un patrimonio considerevole, e volendo soccorrere suo padre che non trovavasi in ogiatezze, senza umiliare la sua delicatezza e 'l suo amor proprio con l'offerta d'una pensione alimentaria, gli aveva fatto il mandato di amministrare una sua possessione situata nelle Antille, col diritto di raccagliere i prodotti, di vendere i mobili ed i frutti, di alienare lo stesso immobile, e tutto ciò senza esser tenuto a render conto a chicchessia. Un tale atto di pietà filiale aveva manifestamente l'impronta del carattere di donazione: e la convenzione mi pare anche sì fattamente rispettabile, ch'io sono meravigliato come dalla camera de' ricorsi sia stato ammesso il gravame prodotto contro l'arresto dell'a Corte reale di Bordò il quale aveva deciso che non poteva esser preteso un conto dagli eredi del mandante.

416. Il conto deve comprendere ogni utile, diretto od indiretto, che il mandatario à fatto con l'affare del mandante. Dice Paolo in termini energici: « *Ex mandato apud eum qui « mandatum suscepit, nihil remanere o« portet* (7) »; ed Ulpiano: « *Debere eum « praestare quantumcunque emolumenti sen« sit* (8). » Non deve restare cosa alcuna in suo potere, frutti (9), interessi (10), accrescimenti principali o accessori, intrinseci o estrinseci (11), provveniente necessariamente dal mandato ovvero per causa di esso (12). Il mandatario adempie un ufficio di buona fede, e non à diritto che agli onorari convenuti. Se l'operazione à prodotto utilità maggiori di quelle che si speravano, se la sua industria à renduta la casa migliore di quella che supponevasi, ei deve ricordarsi come non abbia faticato per sè stesso. Il ritenere qualche cosa di più del suo onoraria sarebbe un arricchirsi a spese altrui (13): *Bonae fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat* (14). Dev'essere sufficiente al mandatario il non perdere; ei non deve far guadagno (15).

417. Si è per ciò che Ulpiano decide contra il mandatario il seguente casa:

Io aveva incaricato il mio mandatario di dare

(1) *Supra*, n° 39. — *Decis. Rotae gen.*, 24, n° 1. — Pothier, n° 51, articolo 1577 Cod. civ. (1390 LL. civ.).
(2) Cajo, l. 46, § 4, D., *De procurat.*
(3) L. *1*, C., *De ration.*
(4) *Decis. Rot. gen.* 24: « *In qua redditione ostendi debent libri.* » — Casaregis, *disc.* 102, n¹ 37, 38. *Libris non exhibitis semper dicitur ratio imperfecti reddita.*
(5) Merlin, repertorio, v° *Mandato*, § 4. — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 461.
(6) S., 31, 1, 316.
(7) L. 20, D., *Mandati.*
(8) L. 10, § 3, D, *Mandati.*
(9) Ulp., l. 10, § 2, D, *Mandati.*
(10) *Id.*, l. 10, § 3, D, *Mandati.*
(11) Cajo. l. 46, § 4 D, *De procurat. sive principaliter, sive extrinsecus.*
(12) *Occasione mandati* (Doneau, sulla legge 11, C., *Mandati*, n° 10).
(13) Favre, *Ration.* su questa legge.
(14) Ulp., l. 10, § 3, D., *Mandati.*
(15) Arg. della legge 16, D., *De jure dot.* — *Infra*, n° 434.

in prestito 10,000 a Tizio senza interessi; ma il prestito è stato effettuato col patto delle usure. Dev'egli il mio mandatario comprendere nel suo conto quest'interessi? Sì, senza dubbio! non deve restar nulla la suo potere di quello che à prodotto il mio danaro (1).

Ma se il mandatario avesse data in prestito la somma a suo rischio e pericolo; per esempio, se in vece di mutuarla a Tizio, come voleva il mandato, l'avesse mutuata a Sempronio con interesse, e per effetto di ciò avesse corso pericolo di non essere rimborsato da quest'ultimo; in tal caso Ulpiano, uniformemente a Labeone, decide ch'egli sia fondato a ritenere quest'interessi (2), e ciò secondo la regola: *Cujus est periculum damni, ejus quoque lucrum esse debet* (3). Paolo decide in simil modo riguardo al socio che in suo nome ed a suo rischio mutua il danaro della società (4): sempre in forza del principio che gl'interessi sono il prezzo di un rischio corso dal mutuante, di cui sembra giusto per conseguenza che abbia gli utili.

Ma, in quel modo che non seguiamo la decisione di Paolo in ciò che concerne il socio l'articolo 1846, § 1 (1718 LL. civ.) lo prescrive espressamente) (5), del pari dobbiamo ributtare la decisione di Ulpiano relativa al mandatario (6). Cosa à fatto quest'ultimo? À violato la forma del mandato; e con ciò appunto egli è necessariamente in mora, e la cosa è a suo rischio (7). Ora, in qual modo potrebbe giovarsi della sua colpa e della sua mora, per ottenerne un vantaggio? Io ben comprendo che quando una cosa è naturalmente e legalmente a rischio d'una persona, questa ne fa suoi i lucri. Ma il principio di Ulpiano mi sembra difficilmente applicabile quando il rischio è la conseguenza e la punizione di una colpa. Il mandatario che distorna la cosa dalla destinazione preveduta col mandato, che l'applica ai suoi bisogni, che vuol farne una sorgente di profitti per sè stesso, è un mandatario infedele: ei commette un delitto; e, simile al depositario che à convertito ai suoi bisogni la cosa depositata (8), deve di pieno diritto gl'interessi di questa cosa (9). E si vorrebbe che non dovesse gl'interessi ch'effettivamente à ritratti per effetto del suo fraudolento convertimento? Senza dubbio, nella sottigliezza del diritto romano, l'azione *mandati* poteva non essere concessa per ottenere precisamente il rimborso delle usure stipulate dal mandatario. Ma il mandante non aveva forse diritto ai danni ed interessi per sì fatta violazione del mandato? Non aveva forse diritto agl'interessi computabili dal giorno in cui aveva il mandatario adoperata la somma per suo uso? Oggidì noi non facciamo queste malagevoli distinzioni fra le diverse specie di azioni; noi andiamo diritto allo scopo, e cerchiamo di evitare i circuiti della forma!

418. Abbiamo detto pocanzi che il mandatario debba di pieno diritto l'interesse delle somme che à impiegate a suo utile, ma ritorneremo su questo principio nel comento dell'articolo 1996 del Codice civile (1868 LL. civ.).

419. Ed allora esamineremo se il mandatario che col danaro del mandante à ritratto grandi guadagni per suo proprio conto debba, oltre gl'interessi, restituire questi guadagni; e dimostreremo com'egli, del pari che il depositario, sia debitore degl'interessi legali solamente, e come il soprappiù debba rimanere in suo favore.

420. Ma ci à un'altra questione, quella cioè di sapere se il mandatario possa essere obbligato, con l'azione *mandati*, a comprendere nel suo conto gli utili naturalmente illeciti da lui ottenuti nell'agire pel mandante.

Possono presentarsi due casi:

1° Il mandatario aveva egli una procura tendente a malfare, per esempio, un mandato per arrischiare o per effettuare operazioni di contrabbando? In tal caso, come mai il mandatario potrebbe meritare ascolto dalla giustizia ia reclami che poggiano sopra cause odiose e punibili (10)? *Atque ideo ab hac actione non agetur*, dice Ulpiano (11).

421. Non ne sarebbe diversamente se, per effetto di errore o di prevaricazione del giudice, il mandatario avesse ottenuto la liquidazione di queste operazioni a pro del suo mandante (12). Una sentenza che à acquistata l'autorità di cosa giudicata rettifica tutto con una presunzione di ordine pubblico; essa non permette di porre nuovamente in dubbio l'origine della cosa; ed è bastevole che questa sia stata

(1) L. 10, § 8, D. *Mandati*.
(2) L. 10, § 8, D., *Mandati*.
(3) Favre su questa legge. V. Pomp., l. 13, § 1, D., *Commod.*
(4) L. 67. § 1, D., *Pro socio*.
(5) Accursio aveva detto che il socio se poteva ritenere gl'interessi secondo la decisione di Paolo, doveva da un'altra parte i danni ed interessi alla società per essersi servito de' suoi fondi, e Favre approva ciò (sulla legge 67, § 1, D., *Pro socio*).
(6) Argomento dall'articolo 1996 Cod. civ. (1868 LL. civ.).
(7) *Supra*, n° 412.
(8) Mio comento del *Deposito*, n° 104. — Scaevola, l. 28, D., *Depositi*.
(9) Articolo 1996 (1868 LL. civ.), *infra*.
(10) *Supra*, n' 30 e 31.
(11) L. 6, § 1, D., *Mandati*, e l. 12, § 11, D., *Mandati*. — *Supra*, n' 30 e 31.
(12) Cujo l. 46, § 4, D., *De procurat.* — Ulp., l. 8, § 4, D., *Negot. gest.*

ricevuta dal mandatario per conto del mandante perchè quegli debba a questi corrisponderla.

422. 2° Presentemente vediamo ciò che dev' essere deciso quando il mandatario si è di propria autorità servito della cosa del mandante per ricavarne utili naturalmente ingiusti od illeciti, per esempio, per fare usura.

La questione è stata stabilita in materia di società da Ulpiano. Un socio à fatto illeciti guadagni con la cosa comune; è egli obbligato a conferirli? No, risponde il giureconsulto! Imperciocchè *delictorum turpis atque foeda communio est* (1). Ecco perchè Bartolo e Favre (2) son di avviso che il socio il quale à mutuato il danaro della società ad un interesse usuraio non è tenuto per ciò che eccede l'interesse permesso.

Ciò posto, può forse dirsi che il mandatario non possa, per la stessa ragione, essere obbligato dal mandante a render conto di ciò che oltrepassa la tassa degl' interessi legali?

Nella legge 52, del D., *De haeredit. petit.* vuole Ermogene che il possessore di una eredità, il quale à ricavato disonesti guadagni (*inhonestos quaestus*), sia obbligato a restituirli. E perchè? La sua ragione è notabile. *Ne honesta interpretatio non honesto quaestui lucrum possessori faciat*: non conviene che una onesta interpretazione procuri al possessore disonesti guadagni.

Se, per esempio, il possessore di una casa ereditaria l' à locata a grandissimo prezzo per luogo di dissolutezza (3), se à riscosso dai capitali interessi usurai, dovrà renderne conto allo erede. È meglio che quest' ultimo ne profitti, quegli cioè che ne è innocente, anzichè lo stesso autore del delitto. Quest' ultimo non saprebbe conseguire la sua ricompensa negli scrupoli del diritto.

Questa decisione di Ermogene ritrova la sua conferma in un testo di Ulpiano che ci riporta al mandato, da che si tratta di un *negotiorum gestor*:

« *Item si fundum tuum, vel civitatis, per obreptionem, petiero negotium tuum vel civitatis gerens, et ampliores quam oportuit, fructus fuero consecutus, debebo hoc ipsum, tibi vel reipublicae praestare ; licet petere non potuerim.* »

Per la qual cosa adunque, se il vostro *negotiorum gestor* giunge con una colpevole sagacità a farsi pagare dal possessore della vostra eredità frutti maggiori di quelli che son dovuti, ei deve rendervene conto. Senza dubbio, colui non avrebbe potuto reclamarli in giudizio; ma avendoli riscossi, ei deve restituirveli.

Non vi era che poco altro per giungere al mandato dietro queste soluzioni. Il presidente Favre, dopo parecchi altri, non à esitato a superarlo. Non monta che i capitali mutuati dal mandatario abbiano prodotto interessi legittimi o che abbiano portato interessi usurai. Il mandatario è obbligato a dar conto della totalità al suo mandante. « *Neque rursus distinguere debemus an usuras legitimas perceperit, aut quae in regione frequentantur; an vero* ILLICITAS *et quae legitimum modum usurarum excedunt. Quantumcunque enim emolumentum sit, quod procurator perceperit, quamvis illicitum et indebitum*, id *totum tamen restituere domino debet*, ex leg. 46, § *Procurat.*, D., *De procurat. Tanto enim facit improbius et contra bonam fidem, quanto improbius lucrum est quod ex aliena pecunia vult retinere. Denique ex mandato apud eum qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet* (4). »

Lo si vede: nel mandato e nelle altre situazioni di cose simili al mandato, si viene a star lontano dalle idee ricevute in materia di società. Mentre che nella società non si vuole affatto la divisione delle cose malamente acquistate, nel mandato e nella gestione di negozi si richiede per l'opposto che il mandatario o il gestore renda conto di tutti gli utili quali sieno che si ricongiungono alla sua gestione, senza distinzione di origine.

423. Ma queste idee debbono esser forse seguite sotto il Codice civile? Io credo (5); e, per trovare la ragione di questa soluzione, fa d'uopo rimontare alle nozioni che ò esposte nel mio comento del *Giuoco* sulla teoria della *condictio ob turpem causam* (6).

La posizione non è mica eguale fra il mandante e 'l mandatario: questi à commesso un delitto, quegli ne è innocente. Su di che adunque si fonderebbe la ritenzione pretesa dal mandatario? Potrebbe egli prevalersi della regola: *In pari causa melior est causa possidentis?*

A tale disuguaglianza di situazione che rende inapplicabile la ragione dell' inammissibilità, si aggiunge un' altra considerazione: il pubblico interesse e la morale esigono che l' autore d' una cattiva azione non ne ritragga utili che lo inanimino a malfare; e, nel dubbio, è sempre meglio preferire la più disfavorevole interpetrazione a colui il quale à offeso la pubblica onestà, e meglio appropiarla alla sua punizione! Alla fin fine, può sperarsi che il man-

(1) L. 53, D., *Pro socio*.
(2) Sulla legge 67, § 1, D., *Pro socio*.
(3) Ulp., l. 27, § 1, D., *De haered. petit.*
(4) Sulla legge 10, § 3, D., *Mandati*. — *Junge* Doneau sulla legge 11, C., *Mandati*, n° 10.
(5) I sigg. Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 459, sono similmente del suddetto avviso.
(6) N° 171, 172, e segg.

dante riparerà un male che non à avuta la bricconeria di commettere: ma può contarsi sul mandatorio che dopo aver fatto guadagni illeciti con i terzi, faccia simili guadagni col mandante! E però in bisogno verrà rimessa al mandante, il quale è più degno, ed offre maggiori garentie.

424. Per qual motivo intanto, in materia di società, il socio colpevole ritiene egli la totalità del suo utile senza essere obbligato a conferirlo? Perchè una divisione di guadagni illeciti fatta sotto l'autorità della giustizia ne sarebbe la confermazione; e la legge non deve ingerirsene. Per l'opposto, il rendimento d'un conto che prescriviamo al mandatario è la punizione della sua cattiva azione; e la legge fa bene ad accordarne il suo appoggio.

425. Il mandatario, allor quando per effetto del suo mandato à ricevuto una cosa che non appartiene al mandante, non deve mica andar trovando il vero proprietario per consegnargliela. È d'uopo ch'ei la consegni al mandante e che a lui ne renda conto. Il nostro articolo ne contiene una decisione tratta dalle leggi romane (1), e la ragione ne è evidente. Il mandatario è una persona intermedia, un *nudus minister*: ei non è affatto incaricato di decidere su questioni di proprietà che non gli riguardano. Egli, avendo ricevuta la cosa pel mandante, deve consegnarla al mandante, altrimenti trasgredisce il suo mandato e commette una colpa. E d'altra parte, la cosa di un altro non costituisce forse quotidianamente l'oggetto d'una speculazione commerciale, d'uno spaccio, ecc., ecc.? Chi mai à detto al mandatario che il vero proprietario non voleva fare un deposito presso il mandante, senza essere conosciuto? Come mai sa egli se il mandante non riceva la cosa perchè la venda per conto del proprietario, perchè la permuti, perchè la carichi sur un naviglio, ecc., ecc.? Può esser forse permesso al mandatario l'entrar di mezzo per sconcertare tutti questi disegni, quel mandatario cioè la missione del quale è per l'opposto quella di coadjuvarli?

426. Tuttavia, è d'uopo prevedere le frodi fatte alla legge; e quando il mandatario venisse a scovrire che la cosa è stata rubata e che si è voluto servirsi di lui per nascondere un furto e per assuciarlo ad una colpevole sottrazione, io son di parere ch'egli sarebbe fondato a comportarsi secondo le norme indicate dall'articolo 1938 (1810 LL. civ.) (2).

Ma, tranne questo caso, il mandatario si ristringerà nel suo ufficio passivo di *nudus minister*: non prenderà informazioni sul diritto del mandante sopra la cosa; ed eseguirà ciecamente ciò che gli è stato prescritto.

Anche quando il mandante lo avesse incaricato di riscuotere una cosa che non gli era dovuta, se il terzo consente per errore a consegnarla, è del suo dovere di mandatario il rimetterla fedelmente al mandante (3).

427. Del rimanente, quando noi diciamo che il mandatario deve ciecamente eseguire gli ordini contenuti nel mandato, sottintendiamo che questi ordini sono leciti. Questa è la prima condizione imposta dalla morale e dal diritto. Se il mandatario avesse avuta la debolezza di accettare un mandato illecito, non dovrebbe esitare affatto a rassegnare i suoi poteri. Un uomo onesto può errare; ma il perseverare nell'errore è proprio di un cuore malnato.

Supponete, per esempio, che il mandato sia quello di trasmettere una cosa od una persona dichiarata dalla legge incapace di riceverla (specie di mandato troppo frequentemente usata per arricchire con mezzi indiretti le congregazioni religiose riprovate): il mandatario che vorrà meritare veramente il titolo di pio si asterrà dal compiere questo illecito mandato. Egli restituirà la cosa al mandante; e se questi è trapassato, ed il mandato sia perciò pure estinto, la restituirà ai suoi eredi, o non lorderà le sue mani in queste pratiche fraudolenti, in questi rigiri che sono indegni di uomini onorati.

428. Da queste particolarità si ravvisa l'importanza della regola la quale prescrive che il mandatario renda conto di tutto ciò che à ricevuto per effetto della sua procura. Sì fatta regola è la confermazione della buona fede nel mandato; ed è la base della sicurezza che il commercio e la società civile vi ripongono.

Per dedurne le ultime conseguenze, noi diremo che il mandatario debba similmente rilasciare i titoli e le scritture che il mandante gli à consegnati per la sua gestione. *Si procuratorem dedero, nec instrumenta mihi causae reddat, qua actione mihi teneatur? et Labeo putat mandati eum teneri* (4).

Noi vedremo pure nell'articolo 2004 (1876 LL. civ.) che il mandatario deve consegnare al mandante il titolo originale della procura ovvero la copia del mandato in cui sono contenuti i suoi poteri (5).

Ma da parte del mandante sarebbe una esagerata pretensione quella di volere dal mandatario la restituzione delle lettere missive

(1) Cajo, l. 46. § 4, D., *De procurat.* — Argomento dall'articolo 1938 del Codice civile (1810 LL. civ.). — E mio comento del *Deposito*, n° 139 e segg.
(2) Mio com. del *Deposito*, n° 140.
(3) L. 46, § 4. D., *De procurat.*
(4) Ulp., l. 8, D., *Mandati.*
(5) *Infra*, n° 766.

che costui à ricevute pel mandato: queste lettere sono proprietà del mandatario. Ed a questo mado à malta ben giudicato un arresto della Corte reale della Martinica, coatro del quale si produsse in cassazione un gravame che dalla camera de'ricorsi fu rigettato acl 19 febbrajo 1845 (1).

429. Sembra che in certi luoghi esistano taluni maodatari o commissianari poco scrupolosi i quali si servono del loro mandato per aggiungere, agli utili stipulati col contratta altri utili segreti ch' essi tolgono al mandante. Io coaasco, a cagian di esempia, che a Lione erasi introdotto un uso di tal fatta, e che (cosa incredibile!) si ardiva dichiararlo come un'usaaza commerciale coasueta cd in certo modo autorizzata dalla consuetudiae. La quale usanza consisteva nel far pagare al maadante le mercanzie a prezzo maggiore di quello che erano state pagate dallo stesso commissinaarin. E però, costui faceva un doppia profitto; giacchè aggiungeva al sua salario la differeaza fra il prezzo pagato dal compratore e la somma realmente pagata al mandante. La Corte reale di Lione à giustamente tolta questa frode colpevole coa arresto del 23 agosto 1831, il quale contiene veri principi espressi coo energia ed in un modo severa (2)

430. Il marito che, giusta l' artieolo 1578 del Codice civile (1391 LL. civ.). trovasi nel caso di un tacito mandato per l'amministrazione de' beni parafernali di sua moglie, aon è mica tenuto a render conto di ciò che à ricevuto in un modo tanto assoluto quanto è per gli altri mandatari. La legge fa un' eccezione per lui, e l' obbliga a render conto de' soli frutti esistenti al tempo dello scioglimento del matrimonio (a); ma egli non è obbligato a reader conto di quelli altri che sono stati consumati prima di tale accidente. Il legislatare à supposto che questi frutti fossero stati consumati col consentimento della moglie per i bisogni delle faccende domestiche (3). Lo stesso è a dirsi per la caso di mandato espresso (4), eccetto quando questo mandato contenga la clausola che il marito renderà conto de' frutti. In tale ultimo caso, costui è obbligato a dar coato di tutto quello che à percepito, nello stesso modo che dovrebbe fare ogni altro maadatario (5).

431. Il mandatario non solamente deve comprendere nel suo conto ciò che effettualmente à riscosso; ma deve comprendervi eziaodia quello che avrebbe dovuto esigere e che non à esatto per sua colpa (6).

Per esempio, nella supposizioue che il prezzo del grano fosse in Algeri di 20 franchi l' ettolitro, io vi fo commissione di vendermi 600 ettolitri che ò in magazzino. Ma si riconosce che il prezzo corrente del grano è di franchi 22, e voi, per una cieca ubbidienza al mio ordine, vendete al di sotto di questo prezzo corrente: voi siete in colpa; dovevate vendere al prezzo che correva in piazza. Dovevate conoscere che il mandato di vendere a 20 conteneva virtualmente il maadato di vendere più caro se fosse possibile. Il perchè nel vostro conto vi sarà caricato il prezzo di 22 fraachi l' ettolitro (7).

432. Ma il mandatario, allor quaado aon è in colpa, non è obbligato a render conto se non se di ciò che à raccolto, noa già di quello che avrebbe dovuto raccogliere. Laonde, non si dovrà porgli carico de' frutti che un immobile avrebbe dovuto produrre, se questo effettivamente non li avesse prodotti (8).

433. Se il maodatario à sagrificato per un capo gl' interessi del suo mandante, e per un altro capo li à renduti migliori, si potrà mai effettuare una compensazione? Io già ò brevemente discorso questo punto (9). Torno quivi a parlarne per insistere su di una distinzione che mi sembra decisiva. O il mandatario era incumbensato mercè due mandati interamente distinti, ed in tal caso io son d' avviso, con la glosa e con Pothier, che aon si debba fare nessuna compensazione. O pure l' affare affidato al mandatario conteaeva più mandati congiunti assieme, ch' eraao concatenati l' uno all' altro e che costituivano una medesima operazione, ed io credo, contro la glosa e contro Pothier, e con Baldo, Saliceta, Paolo da Castro, Hunnemanno (10), che vi sia luogo a compensare. Per esempio, io fo l' ordine al mio mandatario di comperarmi del grano a 45 fraachi l' ettolitro, e di spedirmelo col battello a vapore *la Sfinge* mediante un noleggio di un fraoco ad ettolitro. Il mio mandatario fa la compra a 45 franchi e 50 centesimi, ma noleggia a 50 centesimi in

(1) Bidon contro Gaudu. — *Infra*, n° 768.
(2) Dal., 33, 2, 69.

(a) O pure al tempo della prima domanda che ne fa la moglie. (*Edit.*)

(3) Toullier, t. 14, n° 361.
(4) Articolo 1577 (1390 LL. civ.). — Bretonnier; Q. alfab., v° *Parafernali.*
(5) Articolo 1577 (1390 LL. civ.). — Toullier, t. 14, n° 362.
(6) Pothier, 51.
(7) Pothier, *loc. cit.*
(8) Cassaz., ricorsi, 21 gennaio 1845 (Devic contro * * *).
(9) *Supra*, n° 403.
(10) Sulla legge 4, C., *De procurat.*

vece di un franco. Sì fatta operazione contiene due mandati congiunti insieme, il mandato di comprare ed il mandato di noleggiare. Il vantaggio fatto su questo deve evidentemente compensare la perdita fatta su quello. Pomponio decide a questo modo per lo caso di gestione di negozi. « *Pensare lucrum cum damno debet*, » (1) e la legge 11, D., *De usuris*, tolta da Paolo, non è meno precisa. Queste due leggi concernono la materia del mandato (in ispecialità la seconda che riguarda un amministratore di città), ben più dell'articolo 1850 (1722 LL. civ.), tratto dai principî del diritto romano sulla società (2). Esse fanno vedere che non bisogna giudicare il mandatario con un eccessivo rigore: deve supporsi che, avendo renduto migliore per un capo l'affare del mandante, la sua diligenza è affatto irreprobabile; e che se non à fatto meglio per l'altro capo, ci era impossibilità al riguardo.

434. Quando le cose che il mandatario à ricevute sono perite per forza maggiore senza sua colpa, ei non è tenuto a renderne conto. La forza maggiore non potrebbe essere imputabile al mandatario, giusta disopra abbiam veduto (3). Il mandante che ritrae gli utili dell'affare debbe sopportarne le perdite (4).

Ma se il mandatario avesse ricevuto un'indennità per quelle perdite, sarebbe d'uopo che ne desse conto al mandante.

Pinelli aveva fatta a Bordoni di Genova la commissione di trasportare e di vendere in Algeri talune balle di tela. Cammin facendo, i pirati s'impadronirono del naviglio, dispersero le mercanzie, e fecero prigioniero l'equipaggio. Bordoni, il quale aveva un salvacondotto pel Dei, trovò modo per aver accesso presso lui; ed avendogli fatto riflettere che la buona fede e 'l riguardo dovuto ad un salvacondotto erano stati violati dai suoi sudditi, ottenne una considerevole somma per indennizzazione. Di ritorno a Genova, Bordoni fece conti con Pinelli; ma credette che gli era sufficiente di pruovare la perdita avvenuta per forza maggiore per essere sciolto da obbligazione verso il suo mandante, e che l'indennizzazione ricevuta in Algeri doveva andare a suo solo vantaggio. Era questo per parte sua o un errore madornale, ovvero un atto di cattiva fede. La Rota di Genova (5) lo condannò a tener conto della somma ch'egli aveva ricevuto dai pirati, salvo a farsi indennizzare delle sue perdite personali e de'suoi dispendi.

435. Sarebbe risponsabile il mandatario, ove la sua colpa si trovasse unita al caso fortuito: com'essere, se non aveva usate tutte le precauzioni a fine di salvarsi dai ladri, o dall'incendio; se la cassa non era serrata; se le porte esterne non erano chiuse con le solite cautele, ecc. (6).

436. Essendo la perdita parimente a suo carico quando è in mora, ei deve portare in introito quel ch'è perito dopo questa mora.

437. Ma ecco un punto che abbiam di sopra mentovato, al n° 370, l'importanza del quale richiede alcune particolarità. Trattasi della perdita per forza maggiore delle monete di cui il commissionario è detentore per effetto del mandato. Questa perdita debb'essa rimanere per conto del commissionario, o pur per conto del mandante?

L'articolo 131 del Codice spagnolo risolve tale questione nel seguente modo: « Riguardo « alle *monete* appartenenti al suo committente « e che il commissionario terrà in suo potere, « *risponderà costui di ogni danno e di qualunque perdita*, anche quando ciò fosse il « risultamento di un caso fortuito o l'effetto « della violenza, eccetto se vi sia un patto e« spresso in contrario (7) »

Ed il Codice portoghese contiene una simile disposizione (8).

Per l'intelligenza di questo punto di diritto si avvertirà bene che qui non trattasi se non se di monete effettive, di danari (*fundos metalicos*, come dice il Codice portoghese), che il commissionario à avuto dal committente.

A prima vista, questa giurisprudenza sembra inesplicabile; non si sa come conciliarla con la regola: *Res perit domino*; e non si conosce in qual modo il commissionario, esente da colpa e sorpreso dalla forza maggiore o dalla violenza (*da caso fortuito* o *violencia*), possa incorrere ragionevolmente qualche garentia.

Ma spariscono i dubbî in portandovi riflessione, e si comprende la ragione di quella differenza fra la perdita de' danari contanti e la perdita degli altri oggetti.

438. In vero, il danaro che viene in potere di un commissionario non gli perviene affatto per rimanervi rinchiuso in sacchi suggellati e per essere restituito poscia *in individuo*; esso viene ad essere confuso nella cassa del commissionario con gli altri suoi danari; il commissionario può servirsene, salvo a restituirne alla

(1) L. 11, D., *Negot. gest.*
(2) *Junge* Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 147.
(3) N° 370.
(4) Toubeau, p. 119.
(5) *Decis.* 157.
(6) Supra, n° 411, l'esempio del commissionario Albert.
(7) Traduzione di Fouché. — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 222, p. 410
(8) Articolo 60.

prima richiesta, o quando è giunto il momento, l'equivalente valore in contanti, val dire, salvo a restituire la somma ricevuta, non già con le identiche monete (*corpora nummorum eadem*) (1), ma con altre della stessa valuta e che sono in corso. Ora, in questo stato di cose il commissionario non è mica un depositario volontario, il quale non è giammai risponsabile per l'accidente prodotto dalla forza maggiore che fa perire il corpo certo ch'ei conserva e deve restituire *in individuo*: è esso un depositario irregulare; e noi abbiamo spiegato nel nostro contratto di deposito che in simil caso, reputandosi passato il possesso del danaro nella persona del depositario, la cosa viene a perire per lui, secondo la regola: *Res domino perit* (2). E ciò fa dire a Scaccia: *Per interitum pecuniae depositae non liberatur, quia genus perire non potest* (3).

In verità, la cosa va diversamente quando la somma ricevuta è rinchiusa in sacchi suggellati, il che obbliga a conservarla *in individuo*, ed a restituirla identicamente. Ma il danaro, ogni qualvolta è numerato senza questa cautela (*pecunia numerata, non obsignata* (4)), perde la sua individualità, e si ritiene per certo nel commercio che il detentore prenda sopra di sè il pericolo di quel danaro (5).

Il Codice spagnolo ed il Codice portoghese sono adunque l'espressione di un incontrastabile punto di diritto.

439. Abbiamo detto che diversamente va la cosa allor quando i sacchi di danaro sono suggellati, perciocchè in tal caso scomparisce il mescuglio, il danaro rimane *in individuo*, conserva questo la natura di corpo certo, e non tramutasi dalla specie in genere.

A sì fatta eccezione aggiungeremo di buon grado quell'altra che vien proposta dai signori Delamarre e Lepoitevin nel caso in cui il danaro fosse stato perennemente e diligentemente serrato entro una cassa separata, la quale fosse stata portata via a viva forza dai ladroni. Il danaro è individuato in tal caso, ed è conservato *in individuo* per essere restituito *tanquam nummorum corpora eadem*.

440. Sarem noi pure disposti a liberare il commissionario che, non avendo usata la precauzione d'individuare il danaro depositato ed avendolo confuso con gli altri danari della sua cassa, si ristringesse a stabilire per sua difesa che i ladri ànno preso a viva forza tutto il danaro che trovavasi presso di lui?

I sigg. Delamarre e Lepoitevin non esitano a decidersi per l'affermativa (6); ma io non dividerei il loro parere se non quando il commissionario provasse che, dopo l'intromessione de'fondi appartenenti al committente, non fosse uscito danaro dalla sua cassa. Imperciocchè, se fossero stati effettuati de' pagamenti, come mai potrebbesi sapere se questi non fossero stati fatti col danaro del deponente?

441. Io penso ancora che il commissionario si scagionerebbe agevolmente se giustificasse che il danaro consegnatogli pel committente gli fosse stato rubato a viva forza poche ore dopo del ricevimento e pria che avesse avuta la possibilità d'impiegarlo (7). Sarebbe questo il caso di argomentare da l'opinione di Ulpiano (legge 1, § 34, D., *Depositi*), la quale, quantunque non seguita comunemente sopratutto nelle materie di commercio (8), poggia quivi su tali ragioni di equità da farla prendere in considerazione.

442. Si conosce che se i Codici spagnolo e portoghese ànno stabilito una regola applicabile generalmente in materia di commissione, questa regola istessa è per altro moderata nella pratica da varie modificazioni richieste dalla forza delle cose e dalla buona fede. Non ci à buona regola che non soffra le sue eccezioni.

443. I principî che fin qui abbiamo stabilito sulla perdita del danaro consegnato al mandatario non sono mica circoscritti alle materie commerciali: ànno essi parimente la loro applicazione nelle relazioni civili.

Quando io consegno 10,000 franchi al mio notaio perchè ne effettui l'impiego, se questo notaio non li riceve nè suggellati nè renduti *in individuo* e li confonde nella sua cassa con gli altri suoi danari, io con ciò lo autorizzo a dare al mutuatario, non già *eadem nummorum corpora*, ma altre monete di eguale quantità e valore; fin da questo momento, il deposito à perduto l'integrità del suo carattere (9); è divenuto un deposito irregolare; e si è al caso di dire con Scaccia: *Dominium pecuniae numeratae depositae, non obsignatae, transit in depositarium*. Il deposito irregolare è un contratto così del diritto civile che del diritto commerciale (10), e, sì nell'uno come nell'altro diritto,

(1) Papin., l. 24, D., *Depositi*.
(2) Ni 114, 93.
(3) § 1, quaest. 7, part. 1, ampl. 3, n° 20.
(4) Scaccia, *loc. cit.*, n° 21.
(5) SEMPER *transit in depositarium*. — Scaccia, *loc. cit.*, n° 21.
(6) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 223.
(7) *Loc. cit.*
(8) V. il mio com. del *Deposito*, n° 115.
(9) Mio com. del *Deposito*, n° 114.
(10) Pothier, n° 82, *Deposito*.

la cosa depositata per effetto di questo deposito irregolare perisce pel depositario (1).

444. Dopo del *debet* del mandatario, viene nel suo conto il capitolo de' crediti che può avere contro il mandante per effetto dell' esecuzione del mandato. Ma ciò rientra nel comento degli articoli 1999 (1871 LL. civ.) e seguenti, e noi non vogliamo ora anticipare sopra questo obbietto.

Articolo 1994 (1866 LL. civ.).

Il mandatario è risponsabile per colui che à sostituito nella sua incumbenza,

1° Quando non gli fu accordata la facoltà di sostituire alcuno,

2° Quando una tale facoltà gli fu concessa senza indicazione della persona, e che quella che ha eletto era notoriamente incapace o insolvibile.

In tutti i casi, può il mandante direttamente agire contro la persona che venne sostituita dal mandatario (a).

SOMMARIO.

445. Dell' esecuzione del mandato per sostituzione. Difficoltà di questa materia.
446. Per regola generale, il mandatario deve agire esso stesso; è tenuto per colui che si è sostituito, e la legge fa gravitare sopra di lui le mancanze della condotta di quest' ultimo.
447. Ma non bisogna spingere troppo oltre questa regola. Pothier l' à esagerata. Cambacérès aveva proposto d' introdurre il costui sistema nel Codice civile. Il nostro articolo non à ciò approvato.
448. Il mandatario deve agire esso stesso, anche quando il mandato non gliene facesse un dovere. Quest' obbligo è per diritto.
449. Diventa più stretto un tale obbligo allorchè il mandato interdica al mandatario di farsi surrogare.
450 Idee sull' estensione della risponsabilità del mandatario che à sostituito un altro.
 Comparazione di sì fatta garentia con quella del depositario e del *negotiorum gestor*.
451. Cessa ogni risponsabilità quando il mandante à autorizzato la sostituzione della tale indicata persona, ovvero à accettato il sostituito.
 Effetti di quest' accettazione.
452. *Quid* se à autorizzato la sostituzione senza additare la persona?
453. E qual è in tal caso la misura della garentia del mandatario? Costui è risponsabile solamente per la sua scelta, non già per la condotta della persona sostituita.
454. Quando è egli considerato di aver fatto una buona scelta?
 Fa d' uopo distinguere il mandato gratuito ed il mandato salariato.
455. Seguito.
456. Seguito.
457. Seguito. Decisione di Casaregis.
458. Eccezione nel caso di commissione di trasporti per terra e per acqua. L' interesse del commercio fa allora affievolire la regola generale. Il commissionario è tenuto pel vetturale sino all' arrivo della mercanzia.
459. Questo accrescimento di risponsabilità non è stato sempre ispirato ai commissionari di trasporti dalla giureprudenza italiana.
460. Ma la giureprudenza francese non se ne è affatto allontanata. Di qui l' articolo 99 del Codice di commercio (98 LL. di ecc.).
461. Il diritto di farsi surrogare è talvolta sottinteso ed implicito.
462. La sostituzione non dispensa sempre il mandatario primitivo dall' invigilare sull' affare.
463. Continuazione.
464. Decisione della Rota di Genova.
465. Esame della quistione di conoscere se il mandatario impedito personalmente possa darsi una persona che lo sostituisca.
 Importanza di tale quistione.
466. 1° caso. L' affare è forse suscettibile d' essere differito?
467. 2° caso. L' affare è forse urgente?
468 Giureprudenza italiana su questo secondo caso. Utilità di ricordarla.
 Caso tolto da Casaregis.
469. Altro caso tratto dallo stesso autore.

(1) Mio com. del *Deposito*, ni 91 e 114.

(a) Leggi civili. L' articolo 1994 del Codice civile corrisponde all' articolo 1866 delle Leggi civili concepito ne' seguenti termini.

« Il mandatario è tenuto per colui che ha sostituito nella sua incumbenza,

« 1° quando non gli fu accordata la facoltà di sostituire alcuno.

« 2° quando una tal facoltà gli fu conceduta senza indicazione della persona, ed egli abbia scelta quel« la che era notoriamente incapace o insolvibile.

« In tutti i casi può il mandante direttamente agire contro la persona sostituita dal mandatario. »

Leggi romane. Il mandatario doveva garentire il fatto della persona che avevasi sostituita; ma il mandante non aveva azione contra questa persona: e però, in qualunque caso il mandante agiva contro il suo mandatario; e 'l mandatario agiva esso solo contro colui che avevasi sostituito. L. 8, § 3, D., *Mandati*; l. 21, § 3, l. 28, D., *De neg. gestis*; arg. l. 1, § 11, D., *Depositi*. (*Edit.*)

470. Conchiusione.
471. 3° caso, val dire l'impedimento sopraggiunto quando rimane ad usare taluoc misure di conservazione.
472. In tutta questa materia, vi à egli identità di principi fra il diritto civile ed il diritto commerciale?
473. Esame del sistema de' sigg. Delamarre e Lepoitevin il quale tende a provare che siano differenti quei due diritti.
474. Obbiezione contra questo sistema.
475. Seguito. Dimostrazione desunta dalla discussione del consiglio di Stato.
476. Seguito.
477. Seguito.
478. Seguito.
479. Seguito.
480. Esempio in appoggio di questa discussione.
481. Altro esempio.
482. Conchiusione.
483. La sostituzione può esser fatta in doo modi.
484. 1° Della sostituzione fatta in nome del mandante. Suoi effetti.
485. 2° Della sostituzione fatta in proprio nome del mandatario. Suoi effetti.
486. Il mandante può egli agire sempre contro quello che è stato sostituito in nome del mandatario?
487. Scopo cui tende l'ultimo paragrafo dell'articolo 1994 (1866 LL. civ.).
488. De' terzi i quali ànno contrattato con la persona sostituita.

COMENTO.

445. L' esecuzione del mandato per delegazione, surrogazione, sostituzione, è stata sempre un obbietto di dubbi. I dottori italiani ne àn fatta l'osservazione (1), e da essi in poi questa istessa osservazione non à cessato d' esser vera. Per altro il nostro articolo può contribuire a rimuoverli; imperciocchè contiene delle regole dettate dall' esperienza ed un' alta sapienza. Ma non sempre ne è agevole l' applicazione, così nelle materie civili, che nelle materie commerciali, delle quali esso è la regola comune; da che vi s' incontrano certe combinazioni di affari in cui sono indispensabili taluni espedienti per mantenere ne' giudizi quello spirito di equità che è il fondamento del nostro diritto.

446. Un principio certo, riconosciuto egualmente dal diritto civile e dagl' interpetri del diritto commerciale, è questo che in generale (2) il mandatario debba agire esso stesso per eseguire il mandato (3). Nè è semplice la ragione: il mandatario è stato scelto per la sua fedeltà, per la sua abilità, pel suo zelo, pel suo credito. Egli manca quindi ad una legge essenziale della convenzione se si sgrava, sopra un' altra persona ignorata dal mandante, da un uffizio il quale era stato commesso a lui stesso soltanto e per le qualità della sua persona (4). E poichè commette una colpa con questa inosservanza del mandato, egli è tenuto al ristoro di ogni danno che avrà cagionato per la cattiva gestione del suo sostituito (5).

Ecco la regola, la quale è saggia e ragionevole. Io son meravigliato di trovarne la sconoscenza in un assennato autore, qual è Zachariae. A sentirlo, il mandatario è autorizzato, in generale, ad incaricare un terzo dell' esecuzione del mandato (6). Questa proposizione non è esatta per niente; rovescia il vero stato delle case; ed addita come un diritto un' azione che non è tollerata dalla legge se non a rischio e pericolo del mandatario, e che, in caso di danno, diventa un motivo di ristoro. Il mandatario, se usasse di un diritto, non sarebbe mica garante de' fatti del sostituito (7); ed è pel motivo ch'ei si diparte dai suoi doveri che la legge lo identifica col sostituito e fa gravitare sopra di lui tutti gli errori di quest' ultimo.

447. Ma non bisogna spingere troppo oltre le conseguenze della nostra regola; e ciò può esser forse rimproverato a Pothier quando pretende in un modo generale che il mandante, solamente per questo che il mandatario à commesso un eccesso facendosi sostituire non sia obbligato a ratificare ciò che è stato fatto da colui che è stato sostituito dal suo mandatario. Io son d' avviso che questo diritto di lasciar l' affare per conto del mandatario non sia fondato se non quando l'affare istesso non sia riuscito o quando vi sia stato qualche danno pel mandante. Ma se l' affare fosse stato menato a buon termine, casa importa, io domando, che sia stato amministrato dallo stesso mandatario o dal suo sostituito (8)!! Pothier spinge adun-

(1) Vedere il *disc.* 225, n° 46, inserito nelle opere di Casaregis: « *Omnes doctores hoc disputant.* » Questo discorso non è suo.

(2) V. *infra*, n° 461, l'eccezione derivante dalla natura di taluni mandati.

(3) Argomento dalla legge 27, § 2, D., *Mandati.* — Pothier, n° 99. — Codice spagnuolo, n° 136: *El commisionisto non puede delegarlos,* ecc., ecc., — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 54.

(4) Casaregis, *disc.* 36, n° 5: « *Cenetur electa fides et industria mandatarii, qui deinde, si ad expediendum* » *mandatum sibi collotum alium elegerit, semper ipsius periculo facit, sibique hujusmodi ordinis inobservan-* » *tiam imputare ac oorere debet. Utene enim opero alieno, et aliter disponens dicitur in culpa, atque damnum* » *quod dominus censit, emendore tenetur.* » Junge *disc.* 225, n° 16.

(5) Paolo, l. 21, § 3, D., *Negot. gest.* « *Quod imprudenter elegeris, quidquid detrimenti negligentia eius* « *fecit, tu mihi praestas.* »

(6) T. 2, p. 129. *Junge* Duranton, t. 18, n° 250.

(7) Argomento dal n° 2° dell' articolo 1994 (1866 LL. civ.).

(8) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 54 (nota).

que sino ad eccessivi risultamenti il principio di cui noi ci occupiamo. E però il nostro articolo si guarda dal seguitarlo fin là; giacchè si limita a dire che « il mandatario è tenuto per « colui che à sostituito. » Il sig. Cambacérès aveva manifestato il desiderio di veder comprendere nel Cod. civ. il sistema di Pothier. Il consiglio di Stato vi si oppose sulle osservazioni de' sigg. Treilhard e Berlier, i quali fecero riflettere che il mandante aveva una sufficiente garentia nella garentia del mandatario. « Che vi à di meglio, diceva Berlier, di « questa garentia? Se quegli che il mandata- « rio à sostituito agisce male, il mandatario « istesso ne sarà risponsabile. Ma se egli agi- « sce bene, quale azione potrebbe soffrirsi dal « mandatario, anche quando esistesse la clau- « sola proibitiva? Una tale azione sarebbe inu- « tile per lo meno (1)! » Il sig. Cambacérès si arrese a così fatte osservazioni, e l' articolo 1994 (1866 LL. civ.) rimase quale è presentemente, pago della risponsabilità del mandatario, come sanzione del dovere che gl'incumbe di agire esso stesso. È questo, in vero, tutto ciò che è ragionevole di pretendere. Senza dubbio, è stato in colpa il mandatario per essersi fatto surrogare, da che con ciò à compromesso il risultamento dell' affare. Ma se questa colpa non à prodotto nessun danno, è evidente che non può dare al mandante l'eccessivo diritto di repudiare quell' affare che à sortito un felice risultamento secondo le sue intenzioni. La giureprudenza non ammette pene inutili.

448. Perchè il mandatario sia obbligato ad agire esso stesso, non è mica necessario che il mandante gliene abbia imposta l'obbligazione. Questa obbligazione è per diritto, e non à bisogno d' essere espressa. Basta che il mandatario non abbia ricevuto la facoltà di sostituire qualcuno, perchè la legge lo renda personalmente risponsabile di colui che egli à fatto agire in sua vece.

449. Si fatta garentia diventa più stretta ed anche più evidente quando il mandato interdice al mandatario di farsi surrogare. Quel mandatario che si fa sostituire va direttamente contro la forma del mandato; e, fin d' allora, la sua colpa lo espone a severi esami e a danni ed interessi valutati senza risguardi. Per altro, non è già quando l' affare è compiuto ed interamente compiuto che il mandante possa argomentare da questa sostituzione per repudiare l' operazione; per niente. Non ci à interesse, non ci a azione! Ma ecco il diritto che quella colpa dà al mandante: rivocare il mandato quando le cose sono tuttora intere; lasciare anche, in tal caso, per conto del mandatario ciò che è stato fatto; o pure, quando l' affare è terminato e l' esecuzione di esso dà luogo a censure, agire, sia per danni ed interessi, sia in linea di ripudio; dolersi ancora, secondo i casi, di ciò che è stato tradito il segreto degli affari e che un terzo vi è stato ammesso imprudentemente.

450. Occupiamoci ora di talune regole necessarie per misurare l'estensione della risponsabilità del mandatario.

Nel contratto di deposito gratuito, in cui il depositario è tenuto solamente per la sua colpa grave (2), non si fa gravitare sul depositario che à sostituito qualcuno la risponsabilità de' fatti di quest' ultimo. Non gli s' incolpa se non se la cattiva scelta della persona. Se bene à scelto, e se, contro ogni espettazione, la persona sostituita si rende colpevole di dolo o di colpa, il depositario non ne sarà affatto risponsabile. Questa è una specie di forza maggiore. Sarà egli libero di obbligazione col cedere al deponente le azioni che gli competono contro il suo sostituito (3).

La cosa va diversamente nel quasi-contratto di gestione di negozi, in cui il gestore è sempre tenuto per la colpa lieve. Egli è risponsabile di qualche cosa di più della sua cattiva scelta: è risponsabile della condotta del suo sostituito (4).

In materia di mandato, la garentia non potrebbe avere una minore estensione. Il mandatario, generalmente parlando, à promesso d'impiegare le sue personali sollecitudini al governo dell' affare. Quando manca a tal dovere, è giusto che risponda de' fatti del suo *alter ego*, nello stesso modo che risponde di sè stesso. Ed aggiungo pur anco che si cadrebbe in grande errore se si credesse che il mandatario sia tenuto per la persona da lui sostituita nel modo in cui è risponsabile per sè medesimo ne' casi ordinari. Imperciocchè il mandatario, essendo in colpa, è tenuto per colui che à sostituito nella stessa guisa che si è risponsabile di sè medesimo allorquando si è in colpa. Da ciò segue ch' ei risponde dell' attitudine, della diligenza e della buona amministrazione del suo sostituito, con l' aumento della preesistenza della propria sua colpa. All' ordinaria garentia per la quale è tenuto il *negotiorum gestor* che fa amministrare da un altro l' affare che à impreso senza mandato, si aggiunge la circostanza che lo stesso sostituito è in colpa, e che ci à colpa sopra colpa. Se quindi la forza maggiore venisse a cogliere la persona sostituita ed a far

(1) Fenet, t. 14, p. 573, 574.
(2) Mio com. del *Deposito*.
(3) Africano, l. 16, *Depositi*.
(4) *Quod tu non recte gessisti*. Paolo, l. 21, § 3, D., *Negot. gest.* — Accursio, e Favre dopo di lui, anno notata a differenza fra il caso di deposito e quello di gestione (sulla legge 16, *Depositi*).

perire la cosa presso di lui, il mandante ne sarebbe risponsabile. È risaputo che la forza maggiore, dalla quale ordinariamente si è esonerato, costituisce uno causa di garentia per quello il quale è in colpa nel momento in cui essa si manifesta (1).

451. Ma vien meno qualunque risponsabilità allorchè il mandante ò autorizzato il mandatario a farsi surrogare da una nominata persona. Allora il mandante accetta questa persona, ed è considerato conoscere le sue qualità ed i suoi difetti. Quando la scelta è cattiva, ei non può incolparne che sè stesso. Questo punto non è menomamente dubbioso (2); e si ritiene che la persona sostituita sia la persona del primitivo mandante, che essa debba dar conto a quest' ultimo solamente (3), e che il mandato è rivocato non già per gli accidenti che cambiano la condizione di colui che à fatto la sostituzione, ma per quelli che alterano la condizione del primo mandante (4).

452. Ma ove il mandato, autorizzando affatto il mandatario a farsi surrogare, non gli additasse la persona, si vede bene che la cosa cambierebbe di aspetto. Lo scelta del sostituito non potrebbe essere rigettata sul mandante, da che essa non è stata fatta da costui. Il mandatario è quegli che ne sarebbe risponsabile.

453. Ma qual mai sarebbe la misura della garentia?

Di prima giunta, si ravvisa che si è quivi in un certo che di mezzo fra il caso in cui il mandato non autorizza la sostituzione, e quello in cui la permette con nominare anco la persona da sostituire. Non si potrebbe adunque applicare nè le regole di severa garentia che dianzi abbiamo stabilite per la prima ipotesi (5), nè l' opposto principio di completo esenzione la quale à luogo nella seconda (6). Deve prendersi accessoriamente un partito di mezzo.

A ciò naturalmente si è condotto rattaccandosi a questa verità generale: che si è risponsabile solamente per ciò che si è fatto, e secondo ciò che si è fatto.

Ora, il mandatario autorizzato a fare una scelta non potrebbe esser tenuto per oltre cosa se non se per avere malamente fatta questa scelta. Se essa è buona, è egli esonerato, fosse qualunque la gestione della persona sostituita, fosse qualunque la riuscita dell' affare. In altri termini, egli risponde della sua scelta, perciocchè questo è suo fatto; ma non è tenuto per la condotta della persona sostituita, perciocchè questa condotta non è mica suo fatto (7). Questa è la grande differenza che esiste fra un tale caso e quell' altro che abbiamo esaminato al n° 450, quando il mandatario non è autorizzato a scegliere una persona che lo sostituisca. In quest' ultimo caso, il mandatario è tenuto così per la scelta che per la condotta del sostituito; nel nostro caso, per lo opposto, la condotta non lo riguarda; egli risponde, al pari del depositario (8), per la sola scelta considerata in sè stessa ed indipendentemente da qualsiasi posteriore successo (9). Per altro, io tornerò su questo punto al n° 457, in cui compio queste idee.

454. Ma in quali circostanze può essere considerato il mandatario di aver fatta una buona scelta?

Il nostro articolo risponde a tale questione. Egli è allor quando quello ch' è stato scelto non era notoriamente incapace od insolvibile. Non potrebbe pretendersi nulla più dal mandatario che presta un servigio da amico e che non dev' esser trattato con severità. Quando anche non fosse stato impossibile di fare una scelta migliore, basta che il mandatario non ne abbia fatto una cattiva, perchè non posso essergli diretto nessun rimprovero.

455. Ma quando il mandato è salariato, la garentia del mandatario vien valutata con maggior rigore. Non è sufficiente che la persona sostituita non sia notoriamente incapace od insolvibile: è d' uopo che sia notoriamente capace, solvibile, ed onesta (10). Ciò è vero soprattutto nel commercio, in cui la commissione è di diritto salariato, ed in cui gli affari sono trattati con tutta la diligenza ch' è suggerita dal desiderio del guadagno.

456. Ma, riflettiamoci bene, in questo caso, del pari che in quello di mandato gratuito, il mandatario non è risponsabile per la condotta della persona sostituita e per l' evento. Ripetiamo! Anche quando il mandato è salariato, il mandatario, autorizzato a farsi sostituire, non è garante se non se della sua buona scelta; e, se ò scelto un sostituito abile, onesto, cessa d' es-

(1) *Supra*, ni 308. 370.
(2) *Disc.* 225, n° 46. nelle opere di Casaregis: *Omnis difficultas perimitur*.
(3) Casaregis, *disc.* 30, n° 55.
(4) *Infra*, n° 758.
(5) N° 450.
(6) N° 451.
(7) Casaregis, *disc.* 36, n° 25. e *disc.* 225, ni 8, 9, 25. — Secondo Baldo, Bartolo e moltissimi dottori in diritto civile ed in diritto commerciale.
(8) Afric., l. 16, D., *De osit.*
(9) Mio comento del *Prestito*, n° 111, in cui si vedrà che la legge 20, D., *Commodati*, interpetrata come lo ò fatto *in fine* di questo stesso n° 111, rientra nel nostro caso e conferma la prescrizione dell' articolo 1994 del Codice civile (1866 LL. civ.).
(10) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 62.

sere garante quando anche fosse sopraggiunta una disavventura all'affare commesso alle sue cure.

457. Casaregis à ciò discusso sotto il rapporto delle materie commerciali, ed è topica la sua decisione (1). Egli argomenta imprima dalla legge 20, D., *Commodati*, ed io non mi ci oppongo, purchè si voglia prenderla con la interpretazione che ò dato ad essa nel mio comento del *Prestito*, n° 111, val dire in questo senso che il comodatario fosse autorizzato a farsi surrogare per restituire la cosa data in prestito.

« Io do al mio schiavo più sicuro e più fe« dele una somma di danaro di cui vi sono de« bitore e che voi mi avete pregato di restituir« vi; ma egli si lascia sorprendere per via, ed « è spogliato dai ladri. Secondo Giuliano, io « non sono affatto tenuto. E di qui la seguente « regola di Bartolo (2): *Si res culpa nuntii « perdatur, perit periculo domini, nisi remit« tens fuerit in culpa malae electionis.*

« Il mandatario salariato non è quindi malle« vadore, prosegue Casaregis, se non se in « quanto scelga cattivi rappresentanti. Ma egli, « allorchè li sceglie di buona fama, interi, ca« paci (3), allorchè dà la commissione ad una « persona cui era solito di affidarsi interamen« te (4), ed essa, fosse pur povera, purchè fos« se buona la sua riputazione (5), non è respon« sabile affatto. Lo stesso è a dirsi allor quando « si è affidato a cui chiunque altro avrebbe pre« stata la sua fiducia (6), e di cui non avrebbe « diffidato lo stesso mandante (7). »

Importa poco l'evento! *malus administrationis subsecutus eventus* (8). Basta che la scelta sia buona nel tempo in cui è stata fatta. E se, indi a tanto, il sostituito si è corrotto, se à cambiato costume (9), se à deluso giuste speranze, è una forza maggiore, è un caso impreveduto (10) che à sorpreso i più cauti (11): colui che à fatto la sostituzione è immune da qualunque colpa: *excusatur ab omni culpa* (12).

458. Questa regola soffre un' eccezione assai notabile, la quale avviene nel caso di commissione di trasporti per terra e per acqua. Secondo l' articolo 99 del Codice di commercio (98 LL. di ecc.), il commissionario che esercita questa industria è garante de' fatti del commissionario intermedio al quale indirizza la mercanzia; egli è tenuto pel vetturale e per gli agenti che impiega fino a quando la mercanzia non sia pervenuta al luogo destinato (13).

Ed intanto il commissionario di trasporti non può effettuare esso stesso il trasporto degli oggetti; ed è obbligato ad affidarli a vetturali, barcajuoli, capitani di barche, ecc. Il suo mandato contiene virtualmente la facoltà di sostituire agenti di quelle classi (14). Ma l' interesse del commercio à fatto ceder quivi la massima dell' articolo 1994 (1866 LL. civ.).

459. Non ne è stato sempre a questo modo: io trovo ne' fasti della giureprudenza italiana gravi autorità le quali si sollevano contro sì fatto sovrappiù di garentia imposto al commissionario di trasporti.

Nel mese di dicembre 1733, il negoziante Giovanni Taglia spedì agli eredi di Sebastiano Bassi di Bologna due carichi di seta perchè li facessero rimettere a Marca e Bagnacana di Livorno. Gli eredi Bassi li trasmisero, dal loro canto, ai loro corrispondenti Lancelotti ed Ambrosi di Firenze, commissionarî di trasporti; e costoro incumbensarono Leone Orsi, nel 2 gennaro 1734, di trasportare le mercanzie a Livorno. Il loro commesso Berti venne incaricato di ritirare dalla dogana le spedizioni, e di consegnare il carico ad Orsi. Ma quest'ultimo, non potendo partire con tutta la desiderabile prestezza per mancanza di navigli, sostituì Francesco Nicolai altro barcajuolo che praticava sul fiume Arno.

Nicolai partì per Livorno, munito di carte in regola che gli furono consegnate da Berti, commesso di Lancelotti ed Ambrosi. Dopo avere oltrepassato Pisa, Nicolai, avendo trovato cattivi tempi e ghiacci, cambiò la via che ordinariamente si batte per andare a Livorno, e perdette e la vita e la roba.

I proprietari delle mercanzie intentarono un giudizio contro tutti coloro che avevano preso parte in quella spedizione; e però ne venne una causa, in occasione della quale un avvocato di

(1) *Disc.* 36, n° 6.
(2) Su quella legge.
(3) Casaregis, n° 7. — *Junge* il *disc.* 225, ni 8, 9, 24, 25.
(4) *Id.*, n° 8.
(5) *Id.*, ni 9 e 19. — L. 3, D., *De test.*
(6) *Id.*, ni 9 e 12. — Bartolo, sulla legge 39, n° 1, D., *De solut.*
(7) Casaregis, n° 12, 15, 16.
(8) *Id.*, n° 18. — *Junge disc.* 225, ni 8, 9, 10, 11, 12.
(9) *Si postea mores mutaverit* (n° 20).
(10) *Pari casus censendi sunt* (n° 24). — *Junge disc.* 225, n° 51.
(11) *Id.*
(12) *Id.*, n° 23.
(13) Regnaud de Saint-Jean-d' Angély sull' articolo 99 (98 LL. di ecc.). — Codice di commercio spagnolo, art. 216 — Codice portoghese, articolo 187. — Codice olandese, articolo 89. — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 63.
(14) *Disc.* 225, in Casaregis, ni 5, 6, 8. Questo discorso non è di Casaregis.

nome Brandì fu chiamato a dare un consiglio. E questo si rinviene nelle opere di Casaregis (1).

Per Lancelotti ed Ambrosi, il consultaote diceva che bisognava evidentemente metterli fuori causa. Essi, essendo commissionari di trasporti, non avevano potuto effettuare essi stessi quel trasporto, ed il loro mandato importava implicitamente la facoltà di sostituire vetturali o barcajuoli (2). Del rimanente, non poteva loro esser fatto nessun rimprovero per la scelta de' barcajuoli, perciocchè avevano agito con discernimento (3) ed avevano scelto un uomo diligente, *virum probum, et in arte propria expertum elegisse* (4). Poco importa la colpa commessa dopo da costui (5); ed importa ancor poco che il disgraziato Nicolai sia stato sostituito ad Orsi. Orsi non era stato indicato nella commissione fatta a Lancelotti ed Ambrosi, e costoro erano liberi di affidare il carico a quello che in conchiusione ànno scelto, perciocchè questi era probo ed esperto (6). Debbono i mandanti incolpare loro stessi del non avere additato essi medesimi il barcajuolo cui volevano incaricare del trasporto. Essi ànno lasciato a tal riguardo una latitudine della quale àn dovuto servirsi i commissionari fiorentini: basta che costoro si siano comportati da uomini prudenti (7). I quali per altro non sono in alcun modo tenuti per le posteriori negligenze di Orsi o di Nicolai.

Si fatte ragioni sembrarono sufficienti alla Rota di Firenze per far rigettare l'azione diretta contro i commissionari di trasporti. E la sua decisione ne è esatta (8).

460. Nulladimeno, la giureprudenza francese ci mostra una seguela di più severe decisioni, ed è su di esse che si è fondato l'articolo 99 del Cod. di comm. (98 LL. di ecc.). Toobeau cita un arresto del parlamento di Parigi del 28 febbrajo 1654, che rende il commissionario di spedizioni mallevadore delle colpe del commissionario intermedio e del vetturale (9); e nel repertorio di Merlin sono riportati molti altri arresti renduti nello stesso senso (10).

Ma, noi ripetiamo, è questa un'eccezione al diritto comune, che non bisogna sia estesa al di là del suo dominio.

461. In tutt' i casi ne' quali il mandatario è autorizzato a farsi surrogare, la sua autorizzazione può essere espressa o tacita (11). Quando ad un mandatario si dànno ordini che si conosce ch' ei non possa esso stesso eseguire, o che comportino necessariamente l'aggiunta di ausiliari, di sostituiti, è inerente al mandato il diritto di surrogare, il quale esiste virtualmente e non à bisogno d'essere scritto.

A cagione di esempio, Pietro scrive al suo amico di Nancy di comperargli pel matrimonio di sua nipote, che avverrà fra otto giorni, dei ricami di questa città: è sottinteso che questo amico li spedirà a Pietro col mezzo della *diligenza*, e che non sarà mica obbligato di consegnarglieli esso stesso a Parigi.

O pure:

Francesco, che dimora in campagna, à dato in prestito certa argenteria a Giacomo suo amico della città. Poichè Girolamo à un podere in quella vicinanza ed ivi fa spesso degl'invi, non già esso stesso, chè è podagroso e non lascia la città, ma per mezzo de' servitori, Francesco gli scrive: « Ritirate da Giacomo la mia argenteria, che mi occorre il più presto possibile. » S'intende bene che Girolamo non sarà tenuto di venire esso stesso a riportare l'argenteria, e che implicitamente à il diritto di spedirla mercè un procuratore.

462. La sostituzione allorchè à luogo con l'autorizzazione del mandante non dispensa sempre colui che fa la sostituzione dal continuare a prestare le sue cure e la sua sorveglianza all'affare. Dipende tutto dalla natura del fatto e dalle circostanze (12).

Se vi scrivo: « Inviatemi per mezzo di Paolo vostro servitore il piatto d'argento che vi ò prestato; » appena che avrete consegnato a Paolo questo piatto, voi sarete liberato da qualunque obbligo verso di me. Non siete mica tenuto di seguir Paolo e di accompagnarlo (13).

463. Ma se vi dico: « Io ò taluni fondi in quella tale città nella quale avete un agente: valetevi di questa opportunità per farmeli esigere; » non è più la stessa cosa. Senza dubbio, vi ò dato l'autorizzazione di sostituire il vostro agente; avete potuto incaricarlo dell'esazione; ma dopo questa esazione, dovevano

(1) *Disc.* 225.
(2) *Id.*, n' 5 e 6.
(3) *Disc.* 225, n° 7.
(4) N° 8.
(5) N' 8, 9, 10, 11, 12: egli rimanda al *disc.* 36, n° 25, di Casaregis, e cita Menochio, *De arbit.*, lib. 1, q. 12, n° 12, ed altri.
(6) N° 13, argomento da ciò che dice Stracca, *Mandati*, n° 36, e Scaccia, § 2, gl. 5, n' 400 a 407.
(7) *Disc.* 225, n° 13.
(8) *Disc.* 226, n° 2.
(9) P. 119.
(10) V° *Commissionario*, § 6.
(11) *Il disc.* 225, n° 56, nelle opere di Casaregis. — *Infra*, n° 467.
(12) Delamarre e Lepoitevin, l. 2, n' 64 e segg.
(13) Argomento da ciò che io dico nel mio comento del *Prestito*, n° 111.

usarsi diligenze per ritirare i fondi da costui e per farmeli pervenire. Il mio mandato con comprende un fatto semplice, si bene è complesso. L'operazione à una continuazione, l'adempimento della quale richiede attenzione e sorveglianza. Siete voi discaricato per ciò che, avendovi detto di dare gli ordini al vostro agente, gli avete dati questi ordini? No! Non vi bastava, in vero, il surrogare il vostro agente: essendo affatto vostra la persona sostituita, restavate obbligato ad esercitare su di essa la sorveglianza e l'autorità cui la sua qualità la sottoponeva rispetto a voi; e se avete trascurato questi atti essenziali di sorveglianza e di cooperazione, ne dovete essere risponsabile.

464. Ecco ciò ch'è stato giudicato dalla Rota di Genova (1).

Girolamo de Marini di Genova aveva fatto commissione ad Antonio Palaviciui di Saragozza di riscuotere dal vescovo di Pamplona una somma considerevole di cui quest'ultimo gli era debitore; e però aveva rimesso il titolo dell'obbligazione del vescovo al detto Palavicini perchè ne facesse ottenere l'esazione dall'agente ch'egli aveva a Pamplona. L'agente ricevette il valsente della cambiale e pria di passarlo a Palavicini lo conservò moltissimo tempo, e morì insolvibile (2).

A fin di mettere questa perdita per conto di de Marini, dicevasi innanzi la Rota: L'agente di Pamplona è stato sostituito a Palaviciui col consentimento e con l'indicazione di de Marini. E quindi su de Marini, che è il mandante, non già su Palavicini, che à fatto la sostituzione, deve ricadere l'esito della forza maggiore, la quale fa sì che i fondi non si possano ricuperare dalla persona sostituita (3).

Ma rispondevasi: Nella procura fatta a Palavicini, l'agente non è stato indicato col proprio suo nome; Marini non l'à riguardato se non se come agente di Palavicini, come di costui institore, e come colui il quale aveva qualità che lo ligavano a Palavicini e che non facevano supporre divenisse questi straniero all'affare. E, per esempio, Palavicini doveva usare le diligenze necessarie per farsi rimettere dal suo agente ciò che questi aveva riscosso; egli ne à avuto il tempo; sono scorsi dieci mesi fra l'accettazione del mandato e la morte del sostituito; ei doveva premurarlo, istigarlo (4). Può supporsi ch'egli non si sia posto nello stato di ritirare i fondi dal suo agente (5)!!

In questa posizione di cose, la Rota di Genova dichiarò risponsabile Palavicini; ed una tale decisione è eccellente.

465. Abbiamo or ora veduto che la regola dell'articolo 1994 (1866 LL. civ.) vien meno nel caso in cui il mandatario è autorizzato a sostituire una persona indicata. Abbiamo veduto eziandio che tale regola non cede interamente, ma si attenua nelle conseguenze della garentia del mandatario, quando costui è autorizzato a scegliere una persona che lo sostituisca non indicata dal mandante e da quest'ultimo lasciata all'arbitrio del mandatario. Ma sì fatte eccezioni son forse le sole che sieno comportate dal principio che il mandatario deve agire esso stesso? Non è forse necessario ammetterne un'altra quando il mandatario trovasi colto da un impedimento personale impreveduto, il quale non gli permette fare col suo proprio intervenimento ciò che richiede il mandato? Non è egli autorizzato in tal caso a scegliere uno che lo surroghi ed a far eseguire da un altro ciò che non può essere da lui stesso effettuato?

Una tale questione è gravissima; e noi non possiamo farci a trattarla se non se con talune distinzioni.

466. Se l'impedimento sopraggiunge quando lo stato delle cose è tale che l'affare non soffra pregiudizio alcuno per effetto d'un ritardo, il mandatario desisterà e si asterrà. Basterà ch'egli avvisi il mandante di ciò che avviene. Spetterà a quest'ultimo di prendere, con cognizione di causa, il partito più appropriato alle circostanze; e deciderà costui se gli conviene di abbandonar l'affare, ovvero di affidarlo ad un altro mandatario, dotato delle stesse qualità che aveva il primo.

467. Ma quando l'impedimento del mandatario si trova accompagnato dall'urgenza di terminar l'affare senza ritardo, quando l'indugio necessario per dare avviso al mandante può compromettere ogni cosa, il mandato riceve una larga interpetrazione dalla necessità. Si suppone contener esso implicitamente la condizione che in caso di pericolo nella mora, il mandatario sia autorizzato a sostituirsi qualcuno; che il mandante lo abbia inteso a questo modo *ab initio*; e che costui, non avendo aggiunto nella procura una clausola proibitiva, è considerato (come nel numero 2° dell'articolo 1994 (1866 LL. civ.)) aver dato un'implita facoltà di sostituire, senza indicazione alcuna di persona. Niuno contrasterà sicuramente che il permesso di sostituire possa essere espresso o tacito: *sive tacita, sive expressa permissio, licentia, aut voluntas principalis* (6). Ora, questa tacita facoltà non si deduce forse necessariamente, da una parte, dal difetto

(1) *Decis. Rot. gen.*, 160.
(2) N° 5. *Cum mortuus sit et factus de non solvendo.*
(3) N° 6.
(4) *Curare et sollicitare.*
(5) *Ab agente illo recuperare* (n° 2).
(6) *Dec.* 225, n° 46, in Casaregis. — *Supra*, n° 461.

di ogni clausola proibitiva, e, dall'altra, dalla necessità di sovvenire agl'interessi del mandante conformemente alle mire del mandato!

468. La giureprudenza italiana, tanto istruttiva e sì feconda, ci somministra molti esempi decisivi di questo punto di diritto.

Paolo-Battista Spinola (1) stava in società con Giulio Spinola; ma amendue stanziavano in diversi luoghi di commercio. Paolo-Battista Spinola, sentendo approssimarsi la sua morte e sapendo che i corrispondenti della società dovevano fargli considerevoli pagamenti tanto per lui quanto per Giulio, fece il suo testamento, e nominò tre esecutori testamentari, molto orrevoli d'altra parte, per esigere quelle somme (2). Ei venne a morte; ebbero luogo i pagamenti nel modo indicato; ma posteriormente si ebbero delle perdite per fatto degli esecutori testamentari.

Allora, Giulio Spinola volle sostenere che tali perdite dovessero ricadere a peso degli eredi di Paolo-Battista Spinola. Voi siete garanti, diceva egli, per una sostituzione che senza permesso da mia parte è stata fatta da Paolo-Battista; il quale, non avendo il diritto di surrogare, è tenuto per la condotta di coloro che sono stati da lui sostituiti.

Ma bisogna vedere, nel 36° discorso di Casaregis, la confutazione di questo sistema. Paolo-Battista, impedito dalla sua malattia e rattrovandosi presso a morire, à obbedito ad una fatale necessità. Questa istessa necessità gli à dato la facoltà di fare ciò che non avrebbe fatto in tempo ordinario: « Hujusmodi necessitas, « dilationis impatiens, facit licitum quod alias « fecisset illicitum; quia acta, necessitatis causa, *sub nulla lege prohibitiva*, numerantur. « — Et pro regula admittitur quod in casu ne« cessitatis, non exigitur consensus, ubi alias « omnino requireretur. *Necessità legge non « have* (3). »

Poteva egli adunque sovvenire ai bisogni della circostanza ed agire mediante una persona sostituita. Solamente una cosa lo renderebbe mallevadore, e questa si verificherebbe ov'egli avesse fatta la scelta di uomini non idonei; ma ivi non ci à *mala electio*: la scelta è stata di uomini onesti, capaci, e di buona reputazione (4). Poco importano quindi le colpe posteriori della persona sostituita, i mancamenti della quale derivano da motivi impreveduti e dalla forza maggiore; e però non devesi incolpar di nulla Paolo-Battista Spinola.

469. Ecco un altro esempio che non à minore autorità, e ch'io desumo ancora da Casaregis (5).

Cardi affida a Giambattista Concino un naviglio destinato a corseggiare contro i Turchi; e questi lascia il porto di Livorno nel 1666. Dopo nove mesi, Concino muore coraggiosamente in un combattimento contro i Turchi, dopo avere scelto, col consentimento dell'equipaggio, il suo luogotenente Barberi per suo successore. Costui s'impossessa ingiustamente di molti vascelli appartenenti a cristiani. Michelangelo Vaccari, Genovese, proprietario d'uno di essi, chiamò Cardi in giudizio tanto per la restituzione quanto per i danni ed interessi.

Noi decidemmo, dice Casaregis, che questo ultimo non era affatto risponsabile.

Senza dubbio, il principale è tenuto per lo fatto de' suoi subordinati, quando costoro ànno commesso delle colpe nell'esercizio dello funzioni cui sono impiegati (6). Ma questa rigorosa disposizione non è stata introdotta se non perchè si è voluto punire il principale della colpa da lui commessa nel fare una cattiva scelta, *ob culpam in eligendo malos, seu minus idoneos homines* (7). Se il principale à scelto i preposti più capaci per generale opinione, non è mica tenuto delle culpe che costoro ànno commesse per un impreveduto cambiamento di costumi. *Receptum quod quotiescumque hujusmodi abfuerit culpa, ex eo quod dominus elegerit viros communi existimatione probos et idoneos, toties dominus non tenetur de delicto praepositi qui mores mutaverit* (8).

E bene! Cardi à scelto Concino, uomo irreprobabile, valente, intero, e di buona fama: Concino, vicino a morte, delega dal canto suo i poteri che aveva al suo luogotenente Barberi, il quale sino a quel punto aveva goduto una buona reputazione. Ma ecco che cambiando di costumi ei commette un delitto che niuno poteva ragionevolmente prevedere. Di che mai si fa doglianza? Di ciò che Cardi lo à preso a bordo per suo luogotenente? Ma in qual modo si sarebbe fondato su questo? Come luogotenente, era egli subordinato a Concino, e non avevasi nulla da temere a motivo di sì fatta subordinazione e di sì fatta dipendenza. Trattasi forse dell'elezione con la quale Concino, in punto di morte, gli aveva delegato il comando del bastimento? Qui sta il punto delicato della questione. Ma è evidente come tutto concorra a pruovare la giustizia e la bontà di quella scelta nel mo-

(1) Casaregis, *disc.* 36.
(2) Notate il suddetto esempio di un mandato fatto perchè sia eseguito dopo la morte.
(3) N° 25.
(4) Ni 6, 7, 8.
(5) *Disc.* 115.
(6) Bartolo, l. 1. § *Familiae*, D., *De public.*
(7) Casaregis, n° 2.
(8) N° 3.

mento in cui è stata fatta. Barberi à avuto per sè il suffragio dell' equipaggio, ed è indubitato ch' egli era il più degno di comandare gli altri (1). Inoltre, e ciò è decisivo, quella scelta era necessaria, ed era imposta in mezzo al mare (*in medio maris*) da un' assoluta necessità. Ora, in un caso di tal fatta, Coocino aveva il diritto di delegare il suo mandato; chè l'urgenza gliene formava una legge, ed egli obbedendo ad essa, non era tenuto se non se a fare una buona scelta. Ora, questa scelta era buona, era la migliore nel tempo in cui è stata fatta; e ciò basta (2). Casaregis riconoscionge questa decisione a quella del discorso 36, che noi pocanzi abbiamo analizzato al numero 468.

470. Niuna cosa è adunque più confermata di questa giurisprudenza. Essa si raonoda alla dottrina che abbiamo disopra insegnata al numero 365, siccome or ora si vedrà più chiaramente (3).

471. Noi andiamo più lungi, e siamo anche di avviso che il mandatario, quando è impedito nel punto in cui gli rimane ad usar misure di conservazione (4), non solamente può, ma deve farsi surrogare, allorchè può, nelle cose in cui può essere adibita l' azione di un altro.

472. Rimane ora ad esaminare una questione.

Gli esempi che abbiamo dati sono desunti dalla giurisprudenza commerciale, ed i principi su i quali poggiano non sono mica contesi nella pratica de' tribunali consolari di tutt' i paesi.

Ma questi stessi principi sono pur essi la regola del diritto civile, ovvero il diritto commerciale se li avrebbe formati in eccezione al diritto civile?

473. I sigg. Delamarre e Lepoitevin ànno trattato tale quistione con molta accuratezza e dottrina (5); ma la loro tendenza a formare del diritto commerciale un diritto a parte ed indipendente dal diritto civile li à indotti in errore nelle loro conseguenze.

Ecco la loro teoria:

Secondo l'articolo 1994 (1866 LL. civ.), illustrato dalla discussione del consiglio di Stato, il mandatario impedito nella sua gestione è garante del terzo che à sostituito, e ne è garante come ogni altro mandatario che non à ricevuto la facoltà di darsi una persona che lo sostituisca, e come il mandatario di cui è quistione nel n° 1 dell' articolo 1994 (1866 LL. civ.) (6). Per principio, ogni cosa è più logica. Quando il mandatario è personalmente impedito, il mandato finisce, essendo egli sciolto dalla sua obbligazione. Cosa adunque fa egli allorquando, ad onta di questa cessazione della sua obbligazione, si dà una persona che lo sostituisce? Egli agisce qual *negotiorum gestor*, e non più come mandatario. Ora, se àvvi cosa di certo ò questa, che il *negotiorum gestor* è tenuto per colui che à sostituito, per la costui negligenza, per le colpe di costui (7), ecc. Quindi il mandatario che fa eseguire da altri l' affare ch' egli non era più obbligato di effettuare, ò mallevadore del suo rappresentante; non vi à differenza alcuna fra il caso d' impossibilità di agire, e quello in cui il mandatario, potendo agire, crede miglior partito il farsi surrogare. L' articolo 1994 (1866 LL. civ.) tratta nello stesso modo queste due posizioni di cose; ed una logica rigorosa ne costituiva ad esso un dovere.

Tale è adunque il diritto civile.

Ma, in materia commerciale, la cosa cambia di aspetto, o l' articolo 1994 (1866 LL. civ.) dev' esser messo da parte. L'interesse del commercio lo ributta; imperciocchè negli affari commerciali, in cui veggono ad interporsi tanti accidenti di forza maggiore, ed in cui è sì pericoloso il lasciare abbandonati gli affari, si verrebbe a distogliero i negozianti dal porgersi ajuto scambievolmente, ove si facesse gravitare la garentia del diritto civile sul mandatario che, per impedire che fallisse una operazione, si desse un sostituito capace di agire. L'equità vuole inoltre che il mandatario il quale, in un caso di necessità, à fatto ciò che il suo mandante avrebbe fatto in suo luogo, sia assoluto (8). Ora, non si dee forse presumere che il mandante, se avesse preveduta la necessità d' una sostituzione, avrebbe investito il mandatario del diritto di scegliere un rappresentante? In tutt' i casi, e mettendo da banda le congetture sulla probabile intenzione del mandante, vi à qualche cosa di più certo, di più preciso, e di più decisivo, cioè, che il mandatario *à fatto per altri ciò che avrebbe voluto si facesse per lui stesso*. Allora, è chiaro che il mandatario è reputato agire, non più qual *negotiorum gestor* come agisce nel caso dell' ar-

(1) Ni 4, 5, 6.
(2) Ni 6, 7, 8, 9, 10.
(3) N° 479.
(4) *Supra*, ni 361, 365.
(5) T. 2, ni 56 a 62.
(6) *Supra*, n° 450.
(7) Paolo, l. 21, § 3, D., *Negot. gest.* — L. 4, C., *De negot. gest.* — L' autore del consiglio 225, ni 26 e 27, in Casaregis, pretende ch' egli non sia garante se non se della *malae electionis*: ma questo è un errore. — *Junge* Toullier, t. 11, n° 47.
(8) Argomento da ciò che dice Casaregis, *disc.* 36, n° 25; *disc.* 33, n° 16; *disc.* 119, n° 55. — Codice Portoghese, articolo 816.

ticolo 1994 (1866 LL. civ.), ma in forza dello stesso suo mandato, in forza della facoltà di sostituire, implicitamente e virtualmente contenuta, giusta è insegnato da Casaregis, in quel mandato medesimo, sopraggiungendo il caso di necessità! o pure, ciò che è più, in forza di un nuovo mandato fatto dalla necessità e dall'equità naturale.

Ciò posto, essendo riconosciuto il caso di forza maggiore e di urgenza, che si à mai a pretendere dal mandatario? Una sola cosa! Quella che non abbia commessa veruna colpa nella sua scelta (1), ed egli non ne à affatto commessa quando à scelto una persona notoriamente idonea, onesta, ecc. (2). Dopo ciò, il mandatario non è tenuto menomamente per le conseguenze della sostituzione. L'affare è a rischio del mandante, il quale non à più azione se non se contro la persona sostituita.

Tale è, per i nostri autori, la differenza che esiste nel suddetto caso fra il diritto civile ed il diritto commerciale. Il primo esce dal mandato per attenersi ad una gestione di negozi; il secondo rimane entro i limiti d'un mandato che dà virtualmente la facoltà di sostituire; ed i sigg. Delamarre e Lepoitevin non solamente vogliono che il mandatario possa, in caso di urgenza e di necessità, mandare ad effetto la sostituzione; ma credono che questa sia per lui uno stretto dovere ed una mera obbligazione (3): per modo che il mandatario, se non facesse la sostituzione e lasciasse andar male l'affare, sarebbe tenuto per lo danno (4).

474. In sì fatta dottrina de' sigg. Delamarre e Lepoitevin non vi à una grande intelligenza del diritto commerciale. Ma io temo che eglino non abbiansi formato idee anche giuste sul senso del diritto civile.

Ed imprima, ove mai ànno essi osservato che l'articolo 1994 (1866 LL. civ.) sia talmente preciso nel suo testo e sì fattamente generale nel suo spirito, che non convenga per niun conto limitarlo con eccezioni? Su quale grande e potente ragione d'interpetrazione possono appoggiarsi per non dare al diritto civile l'estensione che l'equità, la natura delle cose ed il buon senso fan sì ch'essi diano al diritto commerciale? Il diritto civile è forse soggetto alle parole? E questo non à pure uno spirito che è consecrato all'equità ed alla ragione di scoprire?

475. Ma penetriamo più innanzi negli elementi della discussione

Al consiglio di Stato, nel preparamento dell'articolo 1994 (1866 LL. civ.), si trattò del caso in cui il mandatario fosse impedito dall'eseguir l'affare per una necessità personale e di forza maggiore; si previde per esempio l'ipotesi nella quale « il mandatario cadesse « ammalato in un momento *in cui lo stesso in-* « *teresse del mondatario richiedesse attivi* « *procedimenti* (5). »

Treilhard espresse l'opinione che, in un caso di tal fatta, l'affare non dovesse ricevere nocumento da quell'ostacolo. e che la garentia del mandatario si troverebbe compromessa ov'egli non si facesse sostituire (6).

Queste osservazioni sembrarono gravi, e fecero ributtare una proposizione di Cambacérès la quale tendeva a mettere nella legge che la sostituzione sarebbe formalmente proibita al mandatario allorchè non vi fosse stato autorizzato col mandato (7). Si riconobbe che la sostituzione era permessa nel caso di personale impedimento del mandatario; si riconobbe eziandio che vi erano taluni casi ne'quali costui era tenuto a farsi sostituire, se non volesse impegnare la sua risponsabilità!!

476. E bene! che risulta da ciò? Che il mandatario il quale fa la sostituzione in caso d'impedimento agisca necessariamente fuori i limiti del suo mandato? ch'egli si costituisca *negotiorum gestor* a suo rischio e pericolo, e cessi d'essere mandatario? Per nulla. Ne deriva per l'opposto che, nel diritto civile, vi sieno talune circostanze positivamente prevedute dai compilatori del Codice, nelle quali il mandatario ch'è impedito personalmente può ed anzi deve far la sostituzione, nello stesso modo che farebbe qualora ne avesse ricevuta la facoltà dalla procura. Il che vuol dire, in altri termini, che la personale impossibilità di agire faccia supporre, in certi casi, che il mandato contenga, se non espressamente almeno tacitamente e virtualmente, la facoltà di scegliere una persona che sostituisca.

E bene! questo principio di diritto civile proclamato da' membri del consiglio di Stato, non è esso quello che da Casaregis e da altri dottori è insegnato nel diritto commerciale? Ove sta adunque la differenza fra i due diritti?

477. Consisterebbe essa nell'estensione della garentia? Impossibile!! L'esistenza della facoltà presunta della quale si è ora questionato ci pone nella specie del secondo caso di risponsabilità preveduto dall'articolo 1994 (1866 LL. civ.), e tale risponsabilità, ben differente per estensione dalla garentia regolata dal nu-

(1) Casaregis, *disc.* 36, n[i] 6, 10, 11.
(2) N° 60.
(3) N° 61.
(4) N° 59.
(5) Berlier (Fenet, t. 14, p. 573).
(6) Fenet, *loc. cit.*
(7) Fenet, t. 14, p. 572.

mero 1°, è simile a quella che il diritto commerciale fa gravitare sul commissionario.

478. L'errore de' signori Delamarre e Lepoitevin proviene da ciò, che essi trasformano in un *negotiorum gestor* quel mandatario civile il quale è impedito personalmente e si fa sostituire, mentre che per l'opposto il mandatario commerciale si presenta ai loro occhi come quello che persista nella funzione di mandatario e sia munito del diritto di delegare. E poichè il *negotiorum gestor* non può collocarsi nel numero 2° dell' articolo 1994 (1866 LL. civ.), in cui forzatamente trovasi il commissionario, ne segue. per i sigg. Delamarre e Lepoitevin, che il diritto civile à una misura diversa da quella del diritto commerciale.

Ma non è mica esatto il dire che il mandatario civile il quale, trattenuto da un personale impedimento, si fa surrogare, sia necessariamente un *negotiorum gestor*. Ei può, del pari che il commissario commerciale, essere considerato agire in forza del suo mandato interpetrato saggiamente o largamente.

479. In fatti, abbiamo detto di sopra (1): allorchè il mandato è conceputo in termini che non escludono positivamente il tale od il tale altro modo di esecuz'one,quel mandatario, sia civile sia commerciale, che è impedito dalla forza maggiore, può in taluno circostanze, e deve in certi altri casi, provvedere con equivalenti agl' interessi del mandante. Sì fatti mezzi vengono considerati rientrare nella stessa forma della procura, e derivare dalle facoltà che conferisce il *mandatum dubium*, a detto di Baldo. Il mandatario che agisce allora per lo meglio degl' interessi del mandante non è mica un semplice *negotiorum gestor*, sì bene è un vero mandatario: egli usa di un implicito potere. E questa è la generale opinione.

E bene! il mandatario afflitto da una malattia che gli toglie il modo di agire, ovvero trattenuto da una personale impossibilità della stessa natura, non è considerato eccedere la forma del mandato non proibitivo quando adopera per equivalente il ministero di un altro; e poichè non eccede i limiti del mandato, ei rimane mandatario ai termini della procura; ed agisce in virtù di questa procura.

In conseguenza, deve ad esso applicarsi il grado di risponsabilità regolato dal numero 2° dell' articolo 1994 (1866 LL. civ). Dunque non esiste differenza alcuna fra il diritto civile ed il diritto commerciale.

480. Dilucidiamo il fin qui detto con qualche esempio:

Voi m' incaricate di francare alla *piccola posta* del mercato vicino una lettera che avete molto interesse perchè parta oggi stesso. Essendo io impedito per effetto di una subitanea indisposizione d' andare sino al luogo in cui s' impostano le lettere, do la vostra lettera ad un conduttore di un mio amico che va allo stesso luogo, la fedeltà e la esattezza del quale meritano ogni fiducia. Io ò avuto il diritto di fare questa delegazione; era essa ne' limiti del mio mandato; e la forza maggiore che mi à trattenuto nel bel mezzo della bisogna mi autorizzava ad eseguire quel mandato per equivalente. Che se la persona da me sostituita à dimenticata la vostra lettera o l' à perduta, io non ne sono affatto risponsabile ai termini del numero 2° dell'articolo 1994 (1866 LL. civ.). Ò fatto quello che dovevo, e con quello cautelo che dovevo usare al riguardo.

481. Altro esempio:

Voi inviate gli atti di un processo ad un avvocato presso la Corte di cassazione ond' egli stenda un ricorso contro un arresto che vi è pregiudizievole: o la fiducia che riponete ne' suoi lumi evidentemente è ciò che vi determina a dirigervi a lui. Ma il vostro mandato lo trova gravemente ammalato; ei non può occuparsi dell' esame de' vostri atti, ed intanto si avvicina la scadenza del termine stabilito, e non ci à tempo sufficiente per prevenirvi dell' inatteso accidente. Cosa fare in tal caso? Sotto la doppia influenza dell' urgenza e della necessità, l' avvocato incarica un suo collega di formare il ricorso. Ma ecco che un di costui scritturale invola gli atti e sparisce! Che! oserete dire che il vostro avvocato à fatto male a sostituire!! cercherete voi di farlo dichiarare in colpa per mettere a suo peso la forza maggiore!! Sarebbe stato risponsabile se avesse lasciato andar male i vostri interessi, e volete renderlo garante di ciò che à fatto per voi!!

482. È quindi vero che il mandato civile ed il mandato commerciale sono sottomessi alle stesse ragioni di equità ed agli stessi principi. Io concedo che, nelle materie di commercio, la tacita facoltà di effettuare una sostituzione sia più frequente di quel che ne sia nelle materie civili: ed è incontrastabile che, ne' rapporti civili, il mandatario abbia motivo di agire all'improvviso e con una pronta risoluzione meno frequentemente che ne' rapporti commerciali. Ma da ciò non bisogna conchiudere che ci abbia mancanza di conformità fra i due diritti. La loro identità è certa per l' opposto; ed io dico eziandio che le regole affermate come proprie al diritto commerciale, in esclusione del diritto civile, sono state dagli Straccha, dagli Scaccia o dai Casaregis ricavate dai dottori del diritto civile continuamente citati nelle loro opere.

483. La sostituzione può esser fatta in due modi: 1° in nome del mandante; 2° sotto il nome del mandatario (2).

(1) Ni 365 e 311.
(2) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 66.

484. Quando è fatta in nome del mandante, il mandatario è discaricato; ei scomparisce. La sua morte non pone termine alla delegazione (1); perciocchè il delegato non ripete da lui le sue facoltà, le quali, a dir vero, gli derivano dallo stesso mandante. La persona sostituita diventa persona di quest' ultimo, e con lui solamente essa à da fare.

485. La cosa cambia di aspetto allorchè la sostituzione è fatta in proprio nome del mandatario. I primitivi rapporti fra il mandante ed il mandatario continuano ad essere in vigore (2). Solamente il mandante à un obbligato di più, il delegato. ed egli può agire direttamente contro quest' ultimo.

486. Noi diciamo con l'ultimo paragrafo dell'articolo 1994 (1866 LL. civ.) che *egli può agire* contro la persona sostituita. Ma ciò non significa che potrà agir sempre, in tutt' i casi e necessariamente.

Che avrebbe, a cagion di esempio, a pretendere dalla persona sostituita alla quale il mandatario avesse fatto un mandato diverso da quello che aveva ricevuto, ed essa lo avesse esattamente eseguito? In diritto civile del pari che in diritto commerciale, ei sarebbe privo di ogni azione. Non so intendere per qual motivo i sigg. Delamarre e Lepoitevin riconoscono una differenza fra que' due diritti (3). In quel modo che un negoziante di Valparaiso cui ò dato un ordine contrario al mio mandato, e che fedelmente l'à eseguito, non à nulla a dividere col mio committente, nello stesso modo il mio vicino che io mando a portare a Pietro i vostri arbusti che mi avete fatto ordine di far consegnare a Giacomo non può ricevere da voi nessun rimprovero se à effettuata questa consegna in conformità di ciò che gli avevo pregato di fare.

In una parola, sia affare civile, sia affare commerciale, non è già per un simil caso che l' ultimo paragrafo dell' articolo 1994 (1866 LL civ.) è stato fatto.

487. Qual è adunque il suo scopo? Quello di accordare un' azione diretta al mandante contro la persona sostituita ogni qualvolta questa à commessa una colpa che la espone al ristoro de' danni ed interessi.

488. In tutto quello che fin qui abbiamo detto, noi ci siamo occupati, con l' articolo 1994 del Cod. civ. (1866 LL. civ.), de' soli rapporti del mandante col mandatario: la risponsabilità della sostituzione è stata da noi considerata tanto secondo la natura del contratto di mandato, quanto secondo le modificazioni effettuate dalla volontà delle parti.

Ma cosa diremo de' terzi che ànno negoziato con la persona sostituita e sono stati vittime delle sue cattive azioni?

Una delle due: o il mandatario che à fatta la sostituzione, à agito come *nudus minister* entro i limiti del mandato che gli permetteva di effettuarla, ed i terzi non ànno alcuna azione contro di lui: egli non è altro che una persona intermedia la quale scomparisce (4). Il regresso de'terzi dev'essere esercitato, sia contro lo stesso mandante in forza dell' articolo 1384 del Cod. civ. (1338 LL. civ.), sia contro l' autore del delitto ove offra qualche solvibilità.

Ovvero il mandatario che à fatto la sostituzione à agito in proprio nome (5), ed allora si domanda se egli, chiamato in giudizio dai terzi perchè garentisca per lo delitto commesso dalla persona sostituita, potrà prevalersi della facoltà che aveva ricevuta dal suo mandante, e sostenere d' essere tenuto solamente per la sua cattiva scelta, non già per la cattiva condotta della persona sostituita? Non vi sarebbe fondato. L' articolo 1994 (1866 LL. civ.) è fatto soltanto per determinare la condizione delle parti secondo il loro contratto di mandato: quanto ai terzi, il loro diritto è regolato dall'articolo 1384 del Codice civile (1338 LL. civ.), il quale rende il committente risponsabile per lo danno cagionato dai suoi preposti nell'esercizio delle funzioni nelle quali sono stati impiegati. Ora, il mandatario che à fatta la sostituzione agendo in proprio nome è, per i terzi, un vero committente il quale è tenuto in faccia ad essi per lo fatto de' suoi subordinati.

(1) V. l'esempio citato, n° 468.
(2) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 67.
(3) N° 67.
(4) *Supra*, n° 484.
(5) *Supra*, n° 485.

Articolo 1995 (1867 LL. civ.).

Quando in un solo atto si sono costituiti più procuratori o mandatari, non vi ha solidarietà fra essi che in quanto è stata espressa (a).

SOMMARIO.

489. Della solidalità nel caso di mandato fatto a più persone. Essa esiste solamente quando è espressa.
490. Opinione contraria del giureconsulto Scaevola.
491. Prima di Giustiniano, voole il diritto romano che tutt' i mandatari sieno solidalmente risponsabili nello stesso modo che sono tutt' i comodatari d' una stessa cosa.
492. Differenza che pone a tal diritto fra la garentia di molti mandatari o quella di molti depositari.
493. Abolizione generale fatta da Giustiniano della solidalità che aveva luogo di pieno diritto.
    Quali conseguenze à questa misura prodotto sul mandato?
    L'articolo 1995 (1867 LL. civ.) abbraccia l' opinione di quelli i quali àono creduto essere stata la solidalità virtualmente abolita nel mandato.
494. Quindi il mandato differisce dal comodato in cui è mantenuta la solidalità riguardo ai comodatari.
    Ragione di questa differenza.
495. Dell' esecuzione del mandato affidato a più persone.
    Diritto di ciascuno de' mandatari.
496. Quando il deposito è frammista al mandato fatto a più persone, son tutt' i mandatari solidalmente tenuti per la restituzione della cosa?
497. L' articolo 1995 (1867 LL. civ.) non è seguito in materia commerciale.
    Origine di sì fatta giureprudenza.

COMENTO.

489. L' articolo 1995 (1867 LL. civ.) si occupa della questione di solidalità cui due o più mandatari costituiti con lo stesso atto potrebbero essere assoggettati. Questo articolo si dichiara contro la solidalità, conformemente in ciò al principio generale stabilito con l' articolo 1202 (1155 LL. civ.), e non la ammette se non quando è stata espressa e stipulata (1).

490. Il giureconsulto Scaevola non risolveva nello ste so modo la suddetta questione: « *Duobus*, ei dice, *qui' mandavit negotiorum administrationem, quaesitum est an unusquisque mandati judicio, in solidum teneatur*. « *Respondi*: *unumquemque pro solido convenire debere, dummodo ob utroque non amplius debito exigatur* (2). » Laonde dichiara che se la stessa affare è stato affidato a più procuratori, sieno tutti tenuti *in solidum*; imperciocchè, quantunque ci sieno più debitori, non ci à che un solo debito.

Nel suo comento del libro 1 de' *Resp. di Scaevola*, Cujacio à esposto egregiamente il senso di questa legge: ei fa osservare (3) che i mandatari sono risponsabili gli uni verso gli altri della colpa, come nel caso di commodato fatto a più persone, di locazione fatta a più persone (4), e di obbligazione solidalmente contratta da più persone (5).

491. E però, prima di Giustiniano, tenevasi il mandato come il prestito, in ciò che concerne la solidalità. In quel modo che quando una cosa era stata fatta in prestito da più persone congiuntamente, dichiaravasi che i comodatari fossero solidalmente risponsabili verso il comodante (6); del pari pretendevasi che se una stessa operazione era stata commessa alle cure di più persone, ne fossero tutte tenute per lo intero.

492. Notiamo inoltre che il mandato fatto a più persone si assimilava al deposito di un corpo certo fatto a più persone, in ciò che i depositari erano tenuti solidalmente per la restituzione della cosa (7); ma ne differiva in questo che tutt' i mandatari erano solidalmente tenuti per la colpa di uno d' essi, mentre che nel de-

(a) Leggi civili. L' articolo 1995 del Codice civile corrisponde all' articolo 1867 delle Leggi civili concepito come segue:

« Quando in un solo atto si sono costituiti più procuratori o mandatari, non vi ha solidalità fra essi se « non in quanto è stata espressa. »

Leggi romane. Per la legge 60, § 2, D., *Mandati*, il mandante poteva agir sempre solidalmente contra tutt' i suoi mandatari, come abbiamo già detto nella nota (a) dell' articolo 1992 (1860 LL. civ.) alla pagina 114 (*Edit.*)

(1) V. per l' opposto l' articolo 2002 (1874 LL. civ.). — *Infra*, n° 685.
(2) L. 60, § 2, D., *Mandati*.
(3) Su questa legge.
(4) L. 5, § 1, D., *Commodati*.
(5) L. penult. D., *De duob. reis*.
(6) Mio comento del *Prestito*, n° 139. — *Junge* articolo 1887 (1759 LL. civ.).
(7) Mio comento del *Deposito*, n° 112.

posito le colpe erano personali, e l' innocente non pagava pel colpevole (1). Cujacio à fatto rilevare questa differenza (2).

493. Giustiniano, con abolire la solidalità di pieno diritto in un modo generale, l' abolì egli per ciò appunto nel mandato? Le opinioni sono divise: Antomne (3) e Favre (4) sono per l' affermativa; Domat (5) e Pothier (6) pensano per la negativa, sulla ragione che una gestione accettata per lo intero porta seco per la natura delle cose obbligazioni solidali. Che che ne sia, l' art. 1995 (1867 LL. civ.) si dichiara contro la solidalità. Quando anche l' affare fosse unico, quando anche i mandatari fossero stati costituiti col medesimo atto, la loro obbligazione è divisa. Non esiste solidalità senza esservene stipulazione: e questa è la regola generale del nostro diritto civile.

494. In ciò, il mandato differisce dal comodato, in cui è stata conservata la solidalità (7).

Non è cosa malagevole il rinvenire plausibili ragioni di una tale differenza. Il comodato suppone un simultaneo godimento dell' immobile dato in prestito, ed una congiunta obbligazione di farne la riconsegna. Come mai dividere questa obbligazione? In qual modo non costituire i comodatari solidalmente tenuti per i danni cagionati dal fatto di uno d' essi ad una cosa che simultaneamente àn tolta in prestito e ch' è stata prestata a tutti due per far loro cosa grata?

Ma quando il legislatore si è occupato del mandato, si sono presentate altre idee alla sua mente. Si è egli ricordato che le obbligazioni del mandatario ripetono la loro origine da un servigio officioso, ed à voluto ristringerle nei loro limiti naturali (8). À supposto che ogni mandatario non avesse inteso rimaner garante se non se de' propri suoi fatti (9).

E però, mentre che Pothier e Domat uniformemente a Scaevola consideravano una gestione come un tutto indivisibile, il Codice, ponendosi in un altro punto di veduta e preoccupato soprattutto de' danni ed interessi ai quali può dar luogo l'inadempimento del mandato, divide l' obbligazione. Esso considera eziandio i fatti di gestione siccome personali a ciascun mandatario, e ciascheduno è tenuto di ciò che à fatto o di ciò che à omesso di fare, senza che il mandante possa incolpare quell' altro mandatario che non è in colpa (10).

495. Allor quando il mandato è conferito a più persone, ciascuna di esse può fare separatamente tutti gli atti che ànno rapporto all' esecuzione del mandato (11), eccetto se l'esercizio delle facoltà è regolato dalla procura in un modo diverso (12).

496. Talvolta il deposito trovasi frammisto al mandato (13). Può forse dirsi in tal caso che i mandatari sieno tenuti *in solidum* per la restituzione della cosa che ànno insieme ricevuta?

L' art. 1033 (988 LL. civ.), che regola il mandato degli esecutori testamentari sembra risolvere per l' affermativa una tale quistione, quando prescrive che gli esecutori testamentari sono solidalmente tenuti a render conto de' mobili loro affidati. E la decisione di quest' art. 1033 (988 LL. civ.) pare, a prima giunta, poter essere considerata come la conseguenza del principio di diritto che abbiamo esposto nel nostro comento del *Deposito*, n° 112, in conformità della legge romana.

Ciò non ostante, il suddetto articolo non può essere ricevuto in un modo generale. Esso non fa la distinzione, come noi abbiamo fatto nel citato luogo, fra i corpi certi depositati e gli oggetti materialmente divisibili (14). À dunque qualche cosa di eccezionale; e bisogna ristringerlo alla materia per la quale è stato fatto. Il legislatore à creduto che la volontà de' morienti aveva bisogno di garentie, e che conveniva assicurare con una grande responsabilità la conservazione de' mobili della successione i quali sono cotanto atti ad essere involati.

Qui, la bisogna non va affatto così, e l' obbligazione de' mandatari-depositari è divisibile quando la cosa è materialmente divisibile. Senza dubbio, ogni qualvolta due o più mandatari ricevono in deposito corpi certi, ciascun di essi può essere tradotto in giudizio onde li restituisca in intero, salvo all' attore il domandare contro il reo convenuto la costui sola porzione de' danni ed interessi, in caso di non presentazione. Ma questo deriva anzi dall' indivisibilità che dalla solidalità.

(1) L. 1, § 43, D., *Depositi.*
(2) *Loc. cit.*
(3) Sulla legge 60 § 2, D., *Mandati.*
(4) Sulla legge 60, § 2, D., *Mandati.* Egli cita ancora la novella 4, *De fidej.*, c. 1.
(5) Lib. 1, t. 15, § 3, n° 13.
(6) N° 63.
(7) Articolo 1887 del Cod. civ. (1759 LL. civ.). — Mio comento del *Prestito*, n° 139.
(8) Terrible (Fenet, t. 14, p. 599). — *Infra*, n° 691.
(9) Bertrand de Greuille (Fenet, t. 14, p. 610).
(10) Zachariae, t. 3, p. 129. — Duranton, t. 18 n° 254.
(11) Argomento dall' articolo 1857 del Codice civile (1729 LL. civ.). — Mio comento delle *Società*, t. 2, n° 701. — Delvincourt, t. 3, p. 242, nota (1).
(12) Argomento dall' articolo 1858 (1730 LL. civ.).
(13) Mio comento del *Deposito*, n° 32.
(14) *Id.*, n° 112.

497. L'art. 1995 (1867 LL. civ.) non è seguito nelle materie di commercio. Si sa che il diritto commerciale, cedendo alle necessità del credito privato, ammetta *ipso jure* la solidalità in tutti gli affari ne' quali due negozianti si sieno unitamente obbligati (1).

Io non pretendo indagar quivi l' origine di questa usanza del commercio, il cui potere è stato grende abbastanza per far cedere la legge civile. Taluni giureconsulti ànno cercato di ricongiungere quell' uso al diritto romano. Frémery à scritto in questo senso una interessante dissertazione, le conclusioni della quale sono approvate dai sigg. Delamarre e Lepoitevin. Ma io non saprei arrendermi alle loro congetture. Io credo aver dimostrato, nel mio comento della *Società* (2), che per l' opposto convenga attribuire al diritto romano le idee del nostro diritto civile sulla divisione dell' obbligazione. Del rimanente, sia qualunque la forza di questa confutazione, se si mette da banda la parte generale della difficoltà a fine di preoccuparsi esclusivamente della solidalità stabilita dal diritto commerciale, nel caso speciale di mandato, diviene inutile ogni controversia È chiaro che il diritto de' prudenti (il quale dichiarava la solidalità de' mandatari impiegati nel medesimo affare), non essendo stato modificato se non che da Giustiniano, à dovuto prolungarsi nell' impero di Occidente, e servir di regola infinoattantochè il credito de' libri di Giustiniano non abbia operato una separazione fra il diritto civile, il quale è sottoposto più scrupolosamente alle dottrine scientifiche, ed il diritto commerciale, che si compiace più della tradizione, dell' usanza e della pratica.

Articolo 1996 (1868 LL. civ.).

Il mandatario deve corrispondere gl' interessi delle somme che ha impiegato a proprio uso, dalla data del fattone impiego, e di quelle di cui sia rimasto in debito, dal giorno in cui fu costituito in mora (a).

SOMMARIO.

498. Transizione. Dell' interesse delle somme impiegate dal mandatario a proprio uso.
Fondomento dell' obbligo del mandatario a tal riguardo.
499. In qual caso il mandatario è tenuto per gl'interessi.
Ei deve ancora corrispondere l' interesse degl' interessi impiegati ad utile proprio.
500. Differenza a tal proposito fra il depositario e 'l mandatario. In che eglino si ravvicinano.
501. Il mandatario che si è servito del danaro del mandante col costui consentimento na debb' egli corrispondere l' interesse di pieno diritto e senza convenzione? gli è forse applicabile l' articolo 1996 (1868 LL. civ.) ?
502. Il mandatario che dalle somme impiegate à ritratto utili più considerevoli degl' interessi legali, è egli obbligato a render conto, oltre questi interessi, degli utili e de' vantaggi?
Distinzione.
1° capo della distinzione.
2° capo della distinzione. Rinvio ai principi del deposito.
503. Tocca al mandante la dimostrazione dell' impiego.
Il commissionario di commercio che à il diritto di servirsi de' denari contanti non suggellati è egli presunto di diritto essersene servito? e, in tutt' i casi, dev' egli corrispondere gl' interessi legali delle somme a lui rimesse dal committente senza essere suggellate ed individuate, se non à tenuto altre a disposizione del mandante?
504. Caso in cui il mandatario, oltre gl' interessi legali, deve pagare i danni e gl' interessi.
505. Dell' abuso di confidenza commesso dal mandatario.
506. Delle circostanze necessarie per caratterizzare un tale abuso nel senso della legge penale.
507. Degl' interessi del resto di conto.
508. Della mora del mandatario nel pagare il resto di conto.
Atti dai quali può essa risultare.
509. Continuazione. Arresto della Corte di cassazione pronunziato nel 15 marzo 1821, il quale decide che il mandatario può essere considerato costituito in mora per le sue proprie confessioni, per le sue proprie promesse, o per l' apertura d' un credito al mandante.

(a) Leggi civili. L'articolo 1996 del Codice civile corrisponde all'articolo 1868 delle Leggi civili espresso nel seguente modo:

« Il mandatario dee gl'interessi delle somme che ha impiegate a proprio uso, dalla data di tal impiego; » e di quelle di cui sia rimaso in debito, dal giorno in cui fu costituito in mora. »

Leggi romane. Il mandatario era tenuto al pagamento della usura sul'a somma riscossa pel mandante ogni qualvolta fosse stato in mora nel restituirle, o ne avesse fatto l' impiego sia in proprio uso sia a nome del mandante, tanto ricevendo quanto non ricevendo il costui ordine all' uopo, od in fine avesse tenuta oziosa la somma mentre che il mandante era solito a ritirarne de' profitti: l. 10, § 3, l. 12, § 10, l. 20, D., *Mandati*; l. 13, § 1, D., *De usuris*. (*Edit.*)

(1) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 153.
(2) T. 2, n° 850.

COMENTO.

498. La regola stabilita dal nostro articolo è già stata disopra da noi discorsa brevemente (1). Essa è una conseguenza della fede che il mandatario deve al mandante; e deriva dalla sua obbligazione di far tornare l'affare a vantaggio dello stesso mandante, e di rendergli conto di tutto ciò che à ritratto da quest'affare. *Bonae fidei non congruit*, dice Ulpiano, *ne de alieno lucrum sentiat* (2): donde ei deduce subito questa conseguenza che è la nostra:

« *Quod si non exercuit pecuniam, sed ad* « *usus suos converterit in usuras convenitur,* « *quae legitimo modo in regionibus frequen-* « *tantur.* »

499. Il mandatario è tenuto a corrispondere gl'interessi delle somme che à impiegate a proprio utile, sia che esso gli sieno state date per ritrarne de' profitti mercè prestiti ai terzi, sia che le abbia ricevute per tenerle a disposizione del mandante. Similmente, quando il mandante le à depositate presso di lui perchè vi restassero oziose, egli, il mandatario, se le mette in azione per suo proprio interesse, deve render conto degl'interessi legali (3).

Secondo Papiniano, viene applicata la stessa risponsabilità, tanto se i fondi impiegati agli affari del mandatario sieno capitali, quanto se non sieno che interessi pagati dai terzi (4). In ciò, Papiniano non dà all'anatocismo una rigorosa estensione. Quegl'interessi erano un capitale pel mandatario, il quale doveva renderne conto, e non à potuto impiegarli ai suoi bisogni senza obbligarsi per ciò appunto a pagarne gli interessi.

500. Del rimanente, si scorge che l'obbligazione di dar conto degl'interessi delle somme impiegate dal mandatario ai suoi usi non deriva affatto dalle stesse cause dalle quali procede la simile obbligazione imposta al depositario che usa nel suo interesse le somme depositate (5). Presso il depositario la cosa deve rimanere necessariamente inattiva, inviolabile, sacra: è un abuso di confidenza, è un delitto il servirsene.

Nel mandato, per contrario, il mandatario non è sempre ritenuto da una obbligazione tanto stretta di por mano alla cosa; ei può essere ancora autorizzato a disporne per farne produrre degli utili, ed in tal caso quando ne fa pel mandante una sorgente di profitti, è lodevole come il servo fedele della parabola de' talenti.

Solamente ei deve render conto della sua attività, ed è considerato che non cessi d'esserne obbligato, perciocchè à posto il suo interesse nel luogo di quello del mandante.

Tutto ciò che si può dire per ravvicinare, sotto il rapporto della colpa, il mandatario al depositario, è che il mandatario il quale impiega a proprio uso le somme da lui ricevute, spesse volte fa ciò misteriosamente e di soppiatto; che può supporsi cercar lui anzi il suo che il vantaggio del mandante; ch'era meglio com'ei restasse nel suo ufficio di procuratore e di persona intermedia, con astenersi da ogni lucro personale; e che in conseguenza egli è in colpa per aver ceduto a sentimenti di egoismo e posto il suo interesse in faccia a quello del mandante. « *Integram et abstinentem ab* « *omni lucro praestare fidem debebat. Licen-* « *tia, qua videtur abuti, maximis usuris vice* « *cujusdam poenae subjicitur.* » Queste belle parole sono di Trifonino (6).

501. Osserviamo del rimanente con Cujacio (7) e con Favre (8) che i giureconsulti romani, quando parlano di quello il quale à impiegato ai propri usi il danaro altrui, ne parlano sempre in cattiva parte *Dum ita loquuntur auctores, semper accipiunt in malam partem* (9). Essi suppongono un abuso ed un caso di risponsabilità.

Perciò è che la decisione del nostro articolo non è applicabile al caso in cui il mandatario à impiegato ai propri usi il danaro del mandante con la costui autorizzazione. Quest'autorizzazione fa scomparire l'abuso; pone in salvo il mandatario da qualunque rimprovero; e non si concepisce in qual modo potrebbesi rinvenire in qualche luogo un principio di azione *mandati* contro il mandatario che in vece di oltrepassare i limiti del suo mandato non à fatto altro che uniformarvisi.

Quale è adunque, in sì fatta ipotesi, la condizione del mandatario rispetto al mandante? Non è più quella d'un mandatario; bensì è quella d'un mutuatario: non è già l'azione *mandati* che esiste contra di lui; è in vece l'azione per prestito, la *condictio*.

E poichè il danaro dato in prestito produce

(1) N° 418.
(2) L. 10, § 3, D., *Mandati.*
(3) Arg. dalla legge 10, § 3, D., *Mandati.*
(4) L. 10, § 3, D., *Mandati*, in cui Ulpiano lo cita.
(5) Mio comento del *Deposito*, n° 104.
(6) L. 38. D., *De negot. gestis.*
(7) 13, *observat.* 15.
(8) *Ration.* sulla legge 10, § 3, D., *Mandati.*
(9) Cujacio, *loc. cit.*

interesse solamente in forza d'una convenzione, ne segue che il mandatario, a questo modo trasfigurato in mutuatario, non dovrà corrispondere gl'interessi se non in quanto vi sarà a tal uopo un'espressa stipulazione, od almeno un patto tacito, ma certo.

Una tale decisione è poggiata sur un testo del giureconsulto Ulpiano (1). Un mandante aveva fatto ordine al suo procuratore di riscuotere taluni fondi dai suoi agenti, e di ritenerli presso di sè a titolo di prestito Questione di conoscere se questo mandatario dovrà corrispondere gl'interessi, e con quale azione dovrà essere astretto. Consultato Papiniano, risponde (Ulpiano ci à conservata la decisione di lui), che non bisognava pensare all'azione di mandato: *mandati eum non acturum*; che la sola azione di prestito era ammissibile: *de mutua pecunia eum habet obligatum;* che in conseguenza i principi del mandato non erano di nessun giovamento per reclamare gl'interessi: *et ideo usuras eum petere non posse quasi ex causa mandati*; ed in fine che gl'interessi non erano dovuti se non quando fossero stati convenuti: *si in stipulationem deductae non sunt.*

E perchè tali interessi sono interessi convenzionali, ne deriva che sono soggetti a prescrizione al pari di tutti quelli della stessa natura, val dire col decorso di cinque anni.

502. L'art. 1996 (1868 LL. civ.) regola con gl'interessi legali l'indennità che il mandatario deve corrispondere al mandante per aver impiegato a suo uso le somme appartenenti a quest'ultimo.

Ma se dall'impiego di quelle somme egli à ritratto maggiori utili, sarà egli tenuto a render conto, oltre degl'interessi, di questi utili e di questi vantaggi? Noi abbiamo altrove esaminato, in proposito del depositario, una simile questione (2), e ci siamo manifestati con Dumoulin per la negativa.

D'esserne diversamente in caso di mandato? È d'uopo fare una distinzione. Quando il mandato consiste nel ricavar profitto dalla somma ricevuta, il mandatario è tenuto a negoziarla pel mandante; tutti gl'impieghi quali sieno ch'egli ne faccia sono considerati fatti per conto del mandante. *Tenetur negotiari*, dice Dumoulin (3): deve quindi corrispondere al mandante tutti gli utili dell'operazione.

Ma allor quando il mandato non obbliga il mandatario a dare una precisa destinazione alla somma, ed anzi il mandatario è tenuto a conservarla nel suo forziere a disposizione del mandante, allora la soluzione non dev'esser mica la stessa.

Ed eccone la ragione:

Senza alcun dubbio, il mandatario deve render conto di tutti gli utili che à ritratto dall'affare, allorchè à agito qual mandatario e *nomine principalis*(4). Tutto quello che è stato fatto pel mandante deve andare in beneficio del mandante istesso. Ma noi qui sopponghiamo che il mandatario non à agito *nomine procuratorio* e che à agito nel suo proprio interesse. Quale è allora la sua condizione? È quella di un mutuatario. Egli à fatto un prestito che è stato tolto con costringimento al mandante: e però ne deve corrispondere gl'interessi. Ma, pagati gl'interessi, egli è libero da obbligazione, e non resta mica dovendo gli utili estrinseci che si à procurati, *nomine proprio*, con la sua industria.

Il perchè, per esempio, Pietro mandatario di Francesco riscuote 10,000 franchi dai debitori di quest'ultimo, e ne compra in suo proprio nome talune *azioni* in una compagnia di strada di ferro, le quali in poco tempo aumentano di un terzo. Francesco avrà forse il diritto di farsi dare tali *azioni?* Per nulla (5). Quelle *azioni* sono state comprate da Pietro in proprio nome e per proprio conto. Egli non aveva commissione di effettuare quella compra pel suo mandante: dunque non aveva mandato a tal riguardo; dunque à agito per sè stesso; dunque non devo altro che gl'interessi della somma della quale à disposto.

In una parola, questo mandatario, ben diverso da quello la cui condizione è stata da noi esaminata nel primo capo della nostra distinzione, non doveva attendere a far che la cosa producesse utili, doveva solamente custodirla: quindi, tutt'al più, è paragonabile ad un depositario: ora, il depositario non sarebbe tenuto a render conto degli estrinseci profitti. Ed il mandatario non dev'essere tenuto di vantaggio.

503. In generale, spetta al mandante il pruovare che il mandatario à impiegate le somme a suo profitto (6). Non gli basta affermare che le somme riscosse dal suo commissionario sono entrate nelle casse e per conseguenza nel negozio di quest'ultimo; che i fondi non restano giammai oziosi nel commercio; ecc. È necessario eziandio ch'ei pruovi non averli il commissionario tenuti a sua disposizione; senza di che costui sarà presunto aver osservato le regole di buona fede che niuno è reputato aver violato agevolmente.

(1) L. 10 § 4, D., *Mandati.*
(2) *Deposito*, n° 105.
(3) *De usuris*, n° 628
(4) Bruggemann sulla legge 46, D., *De procurat.*, n° 6.
(5) Arg. dalla legge 6 C., *De rei vindicat.* (Gordiano.)
(6) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 463. — Rennes, 16 gennajo 1816. — Dalloz, 7, 1, 716.

Si può intanto presentare un'obbiezione, la quale vien tratta da ciò che abbiamo detto disopra al n° 438, cioè: che il commissionario il quale à ricevuto danari contanti per effetto del suo mandato può servirsene ogni qualvolta non sieno rinchiusi in sacchi suggellati; e che questo stato di cose pone il mandatario nella categoria de' depositari irregolari, i quali ànno il diritto di servirsi della cosa depositata. Ora, s'egli à il diritto di servirsene, come mai credere che non se ne sia effettivamente servito per i bisogni del suo commercio e per dar movimento ad operazioni che non scampano il languore se non se mediante l'impiego de' capitali? E se egli se ne è servito, come mai sottrarlo dall'articolo 1996 (1868 LL. civ.)? come mai immaginare ch' egli, depositario-detentore di danari contanti, egli che li à impiegati per suo vantaggio, non dovrà corrispondere al suo committente gl' interessi di pieno diritto?

Ma due ragioni si oppongono a tale rigorosa conchiusione.

La prima è questa, che dall' aver lui la facoltà di servirsene non deriva affatto che realmente se ne sia servito. Ora, il nostro articolo non mette gl' interessi di pieno diritto a carico del mandatario se non quando costui à effettualmente impiegata la cosa ai suoi bisogni.

La seconda è che supponendo essersi quello servito de' danari depositati piuttosto che degli altri che aveva nel suo forziere, non sarebbe regolare il decidere per ciò ch' ei si trovi nel caso del nostro articolo. È egli o pur no stato sempre in grado di restituire i fondi non appena che ne sarebbe stato richiesto? Se è stato in grado di restituirli, que' fondi sono stati indubitatamente tenuti a disposizione del committente; ed allora non si può dire che li à impiegati a suo profitto. Si è servito, per verità, de' danari del committente; ma, durante questo tempo, ve ne erano altri nel suo forziere i quali stavano in luogo di quelli e stavano pronti a qualunque richiesta. Per la qual cosa non è questo il caso del nostro articolo (1).

504. Ò detto che il mandatario era libero da obbligazioni col pagare gl' interessi, e questa, in fatti, è la regola che domina in generale: essa è conforme all' articolo 1153 del Cod. civ. (1107 riformato LL. civ.). Ma ciò non debb' essere applicato al caso in cui, per lo fatto dell' impiego del danaro a suo profitto, egli à cagionato al mandante un danno che costui sarebbe personalmente tenuto a rifare. A cagion di esempio, io vi do 10,000 franchi perchè li portiate nel 25 giugno 1843 a Giacomo cui son debitore di tal somma. Voi, in cambio di portarli alla loro destinazione, li impiegate a vostro vantaggio. Evidentemente mi dovete corrispondere gl' interessi, e più i danni ed interessi che sono obbligato di pagare a Giacomo per lo fatto di un ritardo che è cagionato da voi (2). Qui si appresentano due cause di riparazione: 1° violazione del mandato per non aver fatto il pagamento a Giacomo; 2° violazione del mandato per avere impiegati i fondi ad una destinazione richiesta dall' egoismo.

505. In quest' ultimo caso, del pari che in tutti gli altri in cui il mandato è speciale, il mandatario che distorna la cosa dal fine preveduto, per impiegarla ai suoi bisogni, commette un abuso di confidenza di cui le leggi penali assicurano la repressione (3).

L' articolo 593 del Codice di commercio (587 LL. di ecc.) dichiara ancora bancarottiere doloso ogni negoziante fallito il quale, essendo stato incaricato di un mandato speciale, à, in pregiudizio del mandante, applicato a suo profitto i valori o i fondi su i quali cadeva il mandato.

506. Ma, facciamoci attenzione, il rigore di queste disposizioni non dev' esser messo in esecuzione se non quando l'impiego è stato un convertimento dall'uso preciso e speciale prescritto al mandatario col mandato. Se, per l' opposto, quest' uso non fosse in manifesta opposizione col mandato, bisognerebbe soffermarsi alla pena civile degl'interessi legali. Per esempio, voi incaricate il vostro banchiere Grandin di esigere 10,000 franchi, e lo pregate di ricavarne utili con prestiti ovvero con altri mezzi fino alla recuperazione. Questo banchiere non avrà evidentemente commesso verun abuso di confidenza se si serve della suddetta somma per i propri suoi affari. Non gli è applicabile nessuna legge penale, imperciocchè non à distornata la cosa dalla sua destinazione.

507. L' articolo 1996 (1868 LL. civ.) contiene una seconda disposizione: esse prescrive come il mandatario, che dopo aver renduto conto rimane ancora debitore di qualche somma, sia tenuto a corrispondere gl' interessi del resto di conto a contare dal giorno in cui è messo in mora (4).

508. Risulta la mora così da una intimazione, come da qualunque altro atto equivalente: articolo 1139 del Cod. civ. (1093 LL. civ.).

509. È stato ancora giudicato con arresto profferito dalla Corte di cassazione nel 15 marzo 1821, a rapporto del mio orrevole e dotto amico sig. Lasagni, che, senza che vi fosse veruno atto giudiziario, la costituzione in mora poteva bastevolmente risultare dalla corrispon-

(1) Delamarre e Lepoitevin. t. 2, n° 224, p. 416.
(2) Duranton, t. 18, n° 246. — Zachariae, t. 3. p. 128.
(3) Art. 408 C. p. (430 riformato ed aggiunto LL. pen.).
(4) Ulp., l. 10, § 3, D., *Mandati*: « *Si procurator meus pecuniam meam habeat, ex mora itaque usuras mihi pendet.* »

denza, allorchè questa attestava avere il mandatario riconosciuto e confessato il debito, aver promesso di pagarlo senza alcun' altra interpellazione, averne aperto un credito al mandante (1).

Articolo 1997 (1869 LL. civ.).

Il mandatario, che ha dato alla parte con cui contratta in tale qualità, una bastante notizia delle facoltà ricevute, non è tenuto a garantire per quello che si è operato oltre i limiti del mandato, eccetto che si fosse per ciò personalmente obbligato (a).

SOMMARIO.

510. Epilogo dell'articolo 1997 (1869 LL. civ.). Esso regola i rapporti del mandatario con i terzi. La sua importanza è grandissima.

511. A Roma, il mandatario era semplicemente una persona intermedia, *nudus minister*. Egli obbligavasi verso i terzi. Non obbligava il mandante verso costoro.

512. I soli institori, in sul principio, obbligavano in faccia ai terzi coloro dei quali erano stati preposti.
Similmente, il capitano di barca, ad esempio dell' institore, obbligava l' armatore in faccia ai terzi presso i quali avevalo rappresentato.

513. Ma se i terzi avevano azione contro quello che nominava il preposto, quello che nominava il preposto, non aveva verun' azione contro i terzi.
Modificazione di questa giureprudenza. Principio e sviluppamento dell' azione del mandante contro i terzi.

514. Continuazione.

515. Tali sviluppamenti si estendono dagl' institori e capitani agli altri casi di mandato.

516. Il diritto moderno à determinate, ordinate ed ampliate queste idee.
Esso ritiene che il mandatario è un *nudus minister* allorchè à dato notizia delle facoltà ricevute. Della regola: *Qui mandat ipse fecisse videtur.*

517. I terzi che negoziano con un procuratore ànno interesse di farsi esibire la procura. Nulladimeno vi sono taluni casi ne' quali possono passarvi sopra. Ma, in generale, la prudenza fa un dovere di pretenderne l' esibizione.

518. I terzi posson mai pretendere dal mandatario la pruova dell' identità della sua persona?

519. Ma il mandatario non è *nudus minister* se non quando à appalesata la sua qualità.
Ne è diversamente s' ei contratta *nomine proprio* Egli diventa in tal caso un obbligato diretto.

520. In diritto commerciale ed anche in diritto civile sono frequenti i procuratori che contrattano in loro nome.
Utilità di tacere, in taluni casi, il nome del mandante.

521. È un errore il credere che i mandatari i quali agiscono *nomine proprio* sieno particolari al commercio.

522. Quando il mandato è stato celato, il mandante non à azione contro i terzi ; ed i terzi non ànno alcun' azione contro il mandante.

523. Il mandante può solamente esercitare contro i terzi l' azione che compete al suo mandatario.

524. Ma ciò non può avvenire se non se quando esiste un' azione.

525. Ed azione non esiste allorchè il terzo à compensato col commissionario.

526. Ciò è vero non solamente negli affari commerciali, ma eziandio negli affari civili.

527. Quindi, in reassunto, i rapporti del mandante con i terzi sono cambiati, in tutto e per tutto, secondo che il mandato à stato eseguito *nomine proprio* o *nomine procuratorio*.

528. Il mandatario è egli padrone di tacere o di appalesare il nome del mandante?
Quid in diritto civile?

529. *Quid* se egli tace il nome del mandante, quantunque il suo mandato gli prescrivesse di dichiararlo? Diritti de' terzi i quali in questo stato di cose ànno ignorato ch' egli era mandatario.

530. In materia commerciale, il commissionario deve agire in proprio nome.

531. Ragione di quest' uso.
Ma, ad onta del segreto necessario negli affari di commercio, ci à intanto, in fatto di assicuranza, un tempo in cui il commissionario deve svelare il nome di colui per conto del quale agisce. Rinvio ai n[i] 559 e seguenti.

532. Del rimanente, in ogni caso, se il committente vuole appalesarsi, ne è il padrone. Effetto di questo volontario intervenimento.

533. Erroneamente si è preteso che tale intervenimento faccia scomparire il commissionario, o che lascia in azione solamente il committente ed i terzi.
Il commissionario non scomparisce se non quando l'operazione è fatta sotto la condizione risolutiva d' una persona da nominare.

534. Notabile arresto della Corte di Bordò sopra tale questione.

535. In quel modo che il mandante non à azione contro i terzi quando è stato taciuto il suo nome, così i terzi non ànno verun'azione contro di lui.

536. Ma ciò non soffre forse eccezione allorchè è notorio

(1) Dalloz, *Mandato*, p. 969. — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 464.

(a) Leggi civili. L' articolo 1997 del Codice civile corrisponde all' articolo 1869 delle Leggi civili, conceputo ne' seguenti termini:

« Il mandatario che ha data alla parte con cui contratta in tal qualità, una bastante notizia delle facol-
« tà ricevute, non è tenuto a veruna garentia per quello che si è operato oltre i limiti di tali facoltà, fuor-
« chè quando vi si sia personalmente obbligato. »

Leggi romane. Allor quando il mandatario oltrepassava i limiti della procura, il mandante non rimaneva affatto obbligato per ciò che eccedeva le facoltà concesse ; ed il mandatario rimaneva egli direttamente tenuto verso la persona con la quale aveva negoziato : l. 5, D., *Mandati*. (*Edit.*)

510. Il mandatario è una persona intermedia, è *nudus minister*; gli atti che à fatti in questa qualità con i terzi non ridondano su lui; egli non ne è mica garante in faccia a questi terzi. Anche quando il mandatario à oltrepassato i limiti della procura, se è dimostrato che i terzi àano avuta una bastevole notizia de' termini del mandato, essi non debbono incolparne che loro stessi d'essere andati più lungi di quello che conveniva, ed il mandatario non è affatto tenuto verso di essi.

Questo è il reassunto dell'articolo 1997 (1869 LL. civ.), il quale regola i rapporti del mandatario con i terzi, e la cui importanza è considerabile. Ripigliamo le cose più in alto.

511. Presso i Romani, il mandatario non aveva, in sul principio, l'ufficio di persona puramente intermedia, al quale il nostro contratto di mandato lo riduce in generale. Il mandatario contrattava in proprio nome; obbligavasi personalmente verso i terzi; ed i terzi non avevano verun' azione contro il mandante, il quale non era considerato di aver avuto parte al contratto. Abbiamo di sopra spiegato l'origine di questa usanza (1) Da uno bando, l'antico sistema romano di formolità non ammetteva che potessero esser fatti col ministero altrui quei contratti e quegli atti della vita civile ne' quali taluno obbligava personalmente la sua parola e la sua fede: da un'altra parte, quando la forza delle cose avesse costretto la rappresentanza d'una persona mediante un'altra, si andava incontro al principio non meno formolista che ognuno contratta per sè stesso, e bisognò assoggettare il mandatario ad un ufficio personale, mentre che il mandante, il quale non era stato parte presente al contratto, vi rimaneva straniero (2).

Solamente, fra il mandante e 'l mandatario esisteva un legame di diritto prodotto dal mandato, e che obbligava il secondo a render conto al primo, ed il primo a far indenne ed a garentire il secondo, *suscipere obligationem* (3), *transferre judicium in se* (4). Il mandante poteva pur anche obbligare il mandatario a cedergli le sue azioni contro i terzi (5).

Questi circuiti di azione ravvicinavano le parti alla verità; ma non ne emergeva a questo modo la stessa verità, semplice, intera, e quale debb' essere in un sistema di equa giureprudenza.

512. Ben tosto si principiò ad avvicinarvisi da un punto.

I Romani solevano mettere alla testa degli stabilimenti commerciali di speculazione uno schiavo, un figlio di famiglia, ed anche una persona libero, incaricati di farli valere. Quest' individui preposti agli affari di un altro, ed ordinariamente conosciuti come quelli che maneggiavano gli affari stessi in qualità di rappresentanti (6), erano chiamati *institori*. Il pretore, nello scopo di favorire il commercio (7), stabilì che, apportando la loro gestione utilità al proprietario, costui rimarrebbe obbligato dai loro contratti, li ratificherebbe, e ne assumerebbe sopra di sè la risponsabilità (8). Ecco adunque che il preponente si mostrava agli occhi del pubblico mediante l'azione del suo rappresentante, ed esposto alle impugnazioni de' terzi, quantunque non fosse stato presente al contratto.

Lo stesso diritto aveva luogo nel caso di prepositura per l'esercizio di un naviglio (9). Gli atti fatti col capitano ricadevano sull'armatore, e rendevano costui obbligato verso que' terzi i quali avevano contrattato col suo rappresentante. Era questa ancor essa un' innovazione del pretore, e la severità del puro diritto civile poteva maravigliarsene.

513. Ci è di più: in sul principio, il preponente non poteva tradurre in giudizio i terzi per i contratti che costoro avevano fatto col suo preposto. I terzi, non avendo negoziato con lui, non potevano essere molestati dalle sue azioni; imperciocchè il pretore non aveva formalmente osato, in ciò, di allontanarsi dal principio che si contratta solamente per sè stesso. Se egli avea concesso ai terzi un' azione contro il preponente, si è perchè il fatto della sua prepositura era, in certo modo, un principio di obbligazione verso il pubblico. Ma non esisteva una simile ragione per attribuire al preponente un' azione contro i terzi. Poteva d'altra parte il preponente forsi cedere dal suo preposto, in forza dell' azione *mandati*, le sue azioni contro i terzi. E però niuna cosa obbligava il pretore ad allontanarsi in tale ipotesi dalla severità civile de' principi (10).

I giureconsulti avevano intanto cominciato

(1) N° 4 e 41.
(2) Ducaurroy, *Inst. expliq.*, n° 1007 e 1249. — Ortolan, t. 2, p. 873.
(3) Paolo, 45, D., *Mandati.*
(4) L. 45, § 1, 2, 3, D., *Mandati.*
(5) Ulpiano, l. 43, D., *Mandati.* — Paolo, l. 59, D., *Mandati.* — Papiniano, l. 95, § 11, D., *De solut.* *Infra*, mio com. della *Fidejussione* n° 522.
(6) Arg. dalla legge I. D., *De exercit.*
(7) Paolo, *sent.* 11, 8, 2. — Ulpiano, l. 1, D., *De inst. act.* — Favre, *Rationalia*, su questo testo.
(8) Cajo, l. 2, D., *De inst. act.* — Ulpiano, l. 11, § 2, D., *De inst. act.*
(9) Ulp., l. 1, § 17 e 24. D., *De exercit. act.*
(10) Ulp., l. 1, D., *De inst. act.*

ad accorgersi di molti casi ne' quali quella cessiaae di aziani poteva non avvenire ara per un motivo ora per un altro : malti casi in consegueoza ne' quali il principale era esposto a travarsi in perdita. L'equità li avea perciò iadatti a decidere che quando il prepanente vi era costretta da qualche gran motivo di conservazione e di salvamento del suo patrimaaia, ei potesse inteotare l'azianc diretta cootra i terzi(1).

514. Del rimaaente, quanda il preposto era una persoaa sotta potestà del preponente, nan era mestieri di eatrare in tutte quelle distinzioni ed in tutti quelli scrupoli : l'atta di calui ch' era sotto potestà ridondava attivameate e passivamente sul preponente (2). L'iocapacità di colaro che eraaa sotta l'altrui potestà aveva necessariamente candotto di primo slancio a tale risultameata.

515. Tutte queste ianavazioni erano dettate dalla ragiane, e vantaggiavann il mavimento degli affari ed i bisogni del commercio.

Ma perchè mai limitare casi fatte innovazioni ai sali casi di esercizia d'un naviglio o d'una bottega ? Perchè mai non estenderle a tutt' i mandati quali che fossera ? Forse le ragioni non ne eraao le stesse? Si giunse al fiae ad iatenderlo: e Papiniaoo decise che niuna cosa impediva di dare, sia contra il mandante ardinaria, sia a vantaggio di questo istessa mandante, un'aziane utile, a modo dell' azinae institaria (3). Sopra tutti questi puati che io epilago rapidamente per mostrarae il legame starico, puossi consultare Doneau (4), Gnmès (5) e Pacia (6).

A questa moda il diritto romaoa, giuoto all' epoca de' suai pragressi, aveva, ia canchiasioae, scosso il giogo della materiale appresentaziane, ed aveva farmata uno stato di case presso a poco simile a quello che domina oggidì presso di noi.

516. Nel diritto moderno, si sono ampliate queste idee : si sana stabilite ed ardiaate.

Allor quando il mandatario dà conoscenza della sua procura, ed agisce in name d'un iadicata maudaate, la persoaa di quel mandataria sparisce io certo modo ia faccia ai terzi. Il diritta moderno la à per ua istrumeata passivo (*nudum organum*, *nudus minister*, came dicona i dottari), il quale non contrae verso di essi nessun obbligo personale, e, qual simulacro del suo mandante, rimanda a quest' ultimo tutta ciò che il mandato mena seco di diritti, di obbligaziani e di azinni : *qui mandat ipse fecisse videtur*. Il mandatario noo debbe ad altri render canta che al suo maadante. Quanto ai terzi, egli è ad essi *penitus extraneus*. Costoro àn canosciuta, con la semplice enuaciazioae della qualità di maadatario, come l'intera affare rifletteva sul maadante, e came si è can lui solo ch' essi negaziavano ia realtà.

517. Solamente, poichè il mandataria non rappresenta il mandante se non se ne'limiti della pracura, la prudenza esige che i terzi si facciano esibire tale procura per conoscerne i termini e l'estensione (7). Eglioo si esparrebbero a spiacevoli fradi se prestassero fede, coa una fidanza trappo facile e coafiaante caa la credulità, all' esistenza di un mandata forse suppasto o falsificata dal mandataria infedele. Potrebbero soffrire che il maadaate disapprovasse quello che fosse stato fatta, ed esercitasse coatra di essi delle aziaoi rivocatorie (8). Ciò non toglie che vi sia qualche caso in cui si fatta cautela torna inutile (9). Can na procuratore generale ben caaosciuta per tale, e quando trattasi di qualche rapido atto di amministraziane, aon sempre si à il tempo di richiedere la dimostraziane de' suoi pateri, e la prudeaza non ne fa mica naa legge. Ma, in geaerale, non va sì fattamente la cosa. È necessaria assicurarsi della qualità di calui cal quale si negazia.

518. Si è pure questioaata se i terzi sarebbero fondati a pretendere dal mandataria che è partatore della procura la pruova dell'ideatità della sua persona (10). Ma Scaccia decide assai bene che una tale pretensione sarebbe strana ed iaaudita. Il possesso della pracura è sufficieate al mandatario per farsi accettare come persona legittima.

519. Quella regola, che fa del mandatario un *nudus minister*, naa à luagn se noa quando egli à manifestata la sua qualità e dichiarato di agire in nome del mandante: che se, ia vece di farsi conoscere ai terzi qual mandatario, cantratta, ed agisce io sua proprio nome, ae deriva allora un altro ardine di rapparti (11). Il mandatario diveata obbligata, è ligata personalmente verso i terzi ai quali à afferto il suo name, il suo credito, la sua garentia, ed è per

(1) Cajo l. 2, D., *De inst. act.* — Favre, *Ration.*, su questa legge.
(2) Ulp., l. 1, D., *De inst. act.* — *Supra*, n° 41.
(3) L. 19, D., *De inst. act.* — *Junge* Ulp., l. 13, § 25, D., *De act. empt.*, e l. 10, § 5, D., *Mandati.* — *Supra*, n° 41, nota, io rimaado a Cujacio. — *Junge* Doneau, lib. 12, c. 17, n° 22.
(4) Lib. 12, c. 17, n° 22.
(5) 2, risoluz. 11, n° 18.
(6) 2, 9, 35.
(7) Arg. dalla legge 13, D., *Depositi.*
(8) L. 5, § 1, D., *Mandati*, e Favre su questo testo. — *Infra*, n° 771.
(9) *Infra*, n° 771.
(10) Scaccia, § 2, glos. 5, n° 343.
(11) *Supra*, n° 8.

essi l'obbligato diretto, il vero obbligato (1). Nè per ciò cessa d'essere mandatario, siccome è stato datto da Locrè con molta inconsideratezza (2); giacchè fra il suo maadante e lui non v'à altro ligame se noa se quello che deriva dalla procura: *Respectu ad mandantem retinet semper figuram mandatarii* (3). Le azioni *mandati directa et contraria* producono tutt'i loro effetti. Ma, riguardo ai terzi, il mandante scomparisce: il solo maadatario è conosciuto (4).

520. I mandatari che agiscono in loro proprio nome sono frequenti, frequeatissimi, soprattutto nel commercio (5); ed abbiamo osservato che in diritto romano era qnesta una pratica dominante (6). La quale à luogo del pari negli usi moderni del nostro diritto civile (7), e dà una solenne mentita alla definizione del mandato così incompletamente distesa nell'art. 1984 (1866 LL. civ.) (8). Il contratto di commissione ne somministra la pruova. Nel diritto commerciale, tale pratica è un mezzo di operare che à grandissimi vantaggi ed un'autorità quotidiana, per modo che l'art. 91 del Codice di commercio (87 LL. di ecc.) la consacra in precisi termini, e sembra ancora considerarla come di diritto nella commissione.

Si comprende in fatti che esiste uaa quantità di casi tali da esigere che il mandante rimanga celato rispetto ai terzi. Se ne àano quotidiani esempi nel commercio (9), e questi esempi sono il risultamento di un potente interesse. Il committente ritrae spessissimo un gran vantaggio da ciò che non si sappia sulla tale piazza ch'ei si dia alla tale od alla tale altra operazione; poichè, essendo un abile e preveggente speculatore, può importargli di non provocare imitatori e concorrenti i quali non mancherebbero d'essere eccitati dalla sua riputazione d'uomo fortunato, intelligente e capace. Così, in tempo di guerra il secreto è talvolta non solamente un atto di prudenza, ma eziandio di necessità. In tutt'i casi, può esser utile ai terzi che negoziano sur una piazza di commercio di avere affari con un commissioaario che conoscono e che offra loro garentie, piuttosto che con uno straniero la solvibilità del quale non è per essi agevol cosa esaminare. È d'uopo saper grado all'ingegnosa fecondità della giureprudenza che à espedienti per tutte le posizioni di cose.

521. Prendeado alla lettera gli art. 91 e 92 del Codice di commercio (87 ed 88 LL. di ecc.), sembrerebbe ad una mente superficiale che lo stato di un maadatario il quale agisce in proprio nome è particolare al contratto di commissione, mentre che quello del maadatario che agisce ia nome del mandante è proprio al diritto civile. Ma noa vi sarebbe errore più grande di questo; ed io sono sorpreso come Vincens vi sia caduto (10). Pruova il nostro articolo, con un fortissimo argomento *a contrario*, che il Codice civile riconosce ed ammette de' maadatari i quali noa dànno conoscenza del loro maadato, com'essere il commissionario dell'art. 91 del Codice di commercio (87 LL. di ecc.). E poi, anche quando tacesse il Codice civile sulla meatovata posizione di cose, à evidente come non siavi cosa alcuna nel titolo del mandato la quale affievolisca la legittimità di quel modo di azione tanto utile e nell'uno e nell'altro diritto.

522. Abbiamo detto che il mandatario che agisce in proprio nome viene ad obbligarsi direttamente.

A sì fatta proposizioae vengono a coagiungersi due regole che io trovo stabilite ne' fasti più importanti della giureprudenza.

Cioè: che il silenzio serbato sull'esisteaza del mandato, fa sì che, imprima. il mandante non abbia aziona contro i terzi; e, secondamente, che i terzi non abbiano azione contro il mandante.

1° *Quando mandatarius*, dice Casaregis, « *simpliciter contrahit, non expresso mandato, adeo in eo radicatur contractus, ut mandanti amplius contra tertium nulla competere possit actio* (11). » E poscia aggiunge queste notabili parole: « *Respectu habito ad tertium, mandans consideratur ut persona extranea.* » E però, nessuna azione contro i terzi da parte del mandante.

2° « *Tampoco*, dice il Codice spagnolo, *adquiren accion alguna contra el comitente los que trataren con su commissionista por las obligaciones que esto contrajo* (12). »

(1) Casaregis, *disc.* 5, n° 57, *disc.* 76, n° 2, *disc.* 56, n¹ 12, 13.
(2) *Spirito del Codice di commercio*, t. 1, p. 336. — I sigg. Delamarre e Lepoitevin lo ànno confutato sì fondatamente, ch'io non posso far altro che rimandare alla loro opera, t. 2, n° 257.
(3) Casaregis, *loc. cit.*, e *disc.* 56, n¹ 12 e 13.
(4) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 255. — Casaregis, *disc.* 5, n° 35.
(5) *Infra*, n° 531, in cui io ritorno sulle ragioni di quest'usanza.
(6) *Supra*, n¹ 4, 8, 41, 511.
(7) Pothier, *Mandato*, n° 88.
(8) *Supra*, n° 8.
(9) Delamarre e Lepoitevin, t. 1, n¹ 23, 24. — *Infra*, n° 531.
(10) T. 2, p. 113. — Delamarre e Lepoitevin lo ànno confutato egregiamente, t. 2, n° 261.
(11) *Disc.* 76, n° 2, secondo la Rota di Genova, 10, n¹ 13 e 137, n° 2. — Surdo, *cons.* 19, n° 40.
(12) Articolo 119. — *Junge* Codice portoghese, articoli 42, 43. — Emerigon, t. 1, p. 139, sez. 4. — *Infra*, n° 548.

A questo modo adunque il commissionario è il solo ed unico obbligato. S'ei vende, è considerato d'essere il vero venditore; se compera, è reputato d'essere il vero compratore; se assicura, è ritenuto essere il vero assicurato. Tale è il diritto comune. Sembra intanto risultare da una considerazione d'un arresto pronunziato dalla Corte di cassazione nell' 8 maggio 1841 (1), relativamente ad un contratto di assicurazione, che la concentrazione di tutt'i diritti ed azioni nella persona del commissionario *per conto* è particolare al contratto di assicuranza. È questo un grave errore. Sì fatta concentrazione è negli altri contratti ancor più intensa di quel che sia nel contratto di assicurazione (2). Io ripeto, del rimanente, esser questo il diritto comune.

523. Sul primo punto, noi faremo subito osservare che il mandante, se non à azione diretta contro i terzi con i quali non à contrattato nominatamente, può per altro obbligare il suo mandatario a cedergli le sue azioni (3).

A cagion d' esempio, il mio commissionario Pietro à un' azione contro Giacomo per una compra di tele indiane che quegli à fatta per mio conto presso quest' ultimo. Io avrei il diritto di esercitare quest' azione in nome di Pietro contro Giacomo (4); ma potrei ciò fare in suo nome solamente, e , come dice Casaregis, *indutus lorica personae et jurium commissionarii* (5).

524. All' uopo, è necessario che esistano queste azioni; imperciocchè se fossero state estinte per effetto di pagamento, compensazione, od altrimenti, il mandante sarebbe respinto da una fortissima eccezione (6).

525. Si è perciò che se Pietro commissionario, trovandosi debitore di un terzo, com'essere di Francesco, gli vende mercanzie consegnategli da Giacomo perchè fossero vendute. Francesco e Pietro potranno compensare il prezzo con ciò di cui Pietro è personalmente debitore, quantunque in realtà questo prezzo sia dovuto a Giacomo che è il padrone delle mercanzie vendute.

In vano si dirà che non possa essere opposta compensazione alcuna allor quando uno de' due crediti risguarda una persona diversa da quelle fra le quali si opera la compensazione (7). Questo principio incontrastabile ed incontrastato non potrebb' essere applicato se non se quando Pietro commissionario avesse agito in nome del proprietario delle mercanzie (8). Ma la cosa non è andata si fattamente; giacchè l' operazione è stata effettuata lasciando da parte il nome di Giacomo. Giacomo si è affidato a Pietro: Francesco à del pari seguito la fede di costui, che à avuto giusta ragione di credere padrone di agire in proprio nome, ed anche proprietario del prezzo (9). Una tale compensazione è un atto regolarissimo.

526. E non bisognerebbe affatto credere, con i sigg. Delamarre e Lepoitevin, che questa decisione è propria alle materie di commercio, e ch' essa non è ammissibile in diritto civile (10). Niente di più legittimo per l' opposto ne' rapporti civili di una tale compensazione: niente di più frequente di questo modo di escludere il mandante rimasto sconosciuto, per concentrare gli effetti dell' operazione fra il mandatario ed il terzo col quale à negoziato.

Per esempio, Francesco, trovandosi impacciato ne' suoi affari, spedisce a Giacomo suo amico un vaso di argento cesellato perchè lo venda ad un buon prezzo; ma gli raccomanda di non far conoscere il suo nome, non volendo che si sappia esser egli costretto di ricorrere a questo disperato espediente. Giacomo il quale è amatore di tali oggetti singolari e ne è conoscitore si dirige ad Isacco che parimente ne è amatore, e gli vende il vaso, in suo nome, e per 3000 franchi. Si trova che Isacco è debitore di 1000 franchi in pro di Giacomo. Non avverrà forse la compensazione fra Isacco e Giacomo egualmente che avverrebbe in materia di commercio? E come mai sarebbe possibile che essa non venisse effettuata? Per impedirla, bisognerebbe adunque che Giacomo facesse conoscere non esser egli proprietario del vaso, che appartiene a Francesco; dichiarasse lui agire in forza di una procura (e potrebbesi obbligarlo ad esibirla); ed in conseguenza manifestasse lo stesso fatto sul quale il suo amico gli à comandato il segreto!! È evidente che il mandante, nel dare l' ordine di tacere il suo nome, à investito il suo mandatario del diritto di farsi credere il proprietario della cosa. Ei deve in conseguenza esser soggetto alle conseguenze di questo fatto.

527. Si ravvisa da ciò non esser mica indifferente che il mandato sia eseguito in nome del mandatario ovvero sotto il nome del mandante.

(1) Camera civile. Dev., 44, 1, 386. — Dal., 44, 1, 238.
(2) *Infra*, n° 559.
(3) Casaregis, *disc.* 5, n¹ 27, 28, 29; *disc.* 76, n° 3. — *Decis. Rot. gen.* 137, n° 2. — Articolo 1166 del Codice civile (1119 LL. civ.).
(4) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 271.
(5) *Disc.* 5, n° 63.
(6) Casaregis, *disc.* 76, n° 3.
(7) Pothier, *Oblig.*, n° 594. — Casaregis, *disc.* 135, n° 1.
(8) Casaregis, *disc.* 135, n° 3; e *disc.* 56, n° 24.
(9) Casaregis, *disc.* 56, n° 24; e *disc.* 5, n° 57.
(10) T. 2, n° 274.

I rapporti del mandante con i terzi si trovano intersmente cambiati, secondo l' uno o l' altro modo di operare.

Da ciò la questione di conoscere se il mandatario è padrone di tacere o pur di appalesare il nome del mandante, e di modificare a questo modo col suo fatto i diritti di costui.

528. In materia civile, il modo più sicuro è quello di seguire la procura, e di non tacere il nome del mandante se non quando una tale reticenza è richiesta od almeno è autorizzata dalla procura. Per regola generale, il mandatario deve appalesare la sua qualità e far conoscere il nome del mandante. Se la reticenza à cagionato qualche danno al mandante, il mandatario ne è tenuto.

529. Ma il terzo col quale il mandatario à negoziato, nella giusta ignoranza del mandato, non potrà essere molestato per operazioni compiute. Tanto peggio pel mandante se à riposta la sua fiducia in una persona che non ne era degna. I terzi non debbono ricevere alcun nocumento da sì fatta imprudenza (1).

Io spedisco a Giacomo un vaso di argento affinchè lo venda in mio nome ad un mercante di *oggetti di curiosità*. Giacomo lo vende sotto il suo nome ad Isacco, il quale è suo creditore, e compensa. Quantunque io poscia manifestassi ad Isacco il mio nome, non posso impedire gli effetti di tale compensazione, la quale è operata *ipso jure*, ed è perfezionata ed ottenuta.

Del rimanente, Isacco è giustamente e debitamente proprietario. Quantunque egli avesse acquistato da Giacomo, il quale aveva facoltà di vendere in mio nome solamente e non in suo, non è meno investito d' un diritto di proprietà mercè la vendita. In fatto di *mobili il possesso vale per titolo* (2). Non potrei togliergliene il possesso se non se dimostrando ch'egli era in mala fede (3).

530. Quanto alle materie commerciali, l'uso à determinato l' ufficio del commissionario. Questi debbe agire in suo proprio nome; e non deve far conoscere il nome del suo committente (4). « *Mercatores non solent*, dice Cassregis (5), *tam propria quam aliena negotia* « *propalare*; *sed ea, secreto SUOQUE proprio* « *NOMINE, AGERE, nusquam exprimendo no*« *men committentis vel sui corresponsalis*, « *cui forte quoque expedit ob motiva pruden*« *tialia, sub alieno nomine, sua negotia pe*« *ragere, ut ponderat Ansaldus* (6). » Ciò è tanto vero in quantochè il progetto del Codice di commercio art. 55 (660 LL. di ecc.) richiedeva che il commissionario non potesse far conoscere il nome del suo committente se non quando ne avesse una facoltà speciale. La difinitiva compilazione non contiene una sì fatta disposizione. Ma l' usanza commerciale vi supplisce, ed inoltre l' art. 91 del Codice di commercio (87 LL. di ecc) fa chiaramente conoscere che l' ufficio normale del commissionario è quello di agire in proprio nome.

531. La ragione di quest' usanza è evidente. Nel commercio, la segretezza è pressochè sempre l' anima della felice riuscita. Talvolta il nome del committente, manifestato in piazza, provocherebbe delle gare o pure farebbe nascere degli ostacoli; tale altra volta darebbe luogo a prevenzioni ed impedirebbe il compimento dell' affare : ne' rapporti marittimi, potrebbe, in tempo di guerra, suscitare perquisizioni sul naviglio, sequestri, ecc., ecc.

Da un' altra parte (e ciò non è mica men grave), i terzi che negoziano sur una piazza ànno interesse di non avere affari se non se con un negoziante la cui reputazione è da essi conosciuta, e non già con un committente lontano, l'escussione del quale essi non possono effettuare. In fine, è di loro interesse, qualora insorgessero litigi, di non dover andare a piatire in regione lontana, e di avere per giudici i magistrati del luogo in cui il commissionario à il suo domicilio (7).

Deriva da tutto ciò :

1° Che il commissionario commerciale agisce, generalmente parlando, sotto il proprio suo nome ;

2° Che è del suo dovere e della sua prudenza il non appalesare il nome del committente, tutte le volte che può risultarne qualche inconveniente a di costui riguardo.

Ciò non ostante, noi vedremo or ora che nel contratto di assicurazione vi à un momento in cui il commissionario deve necessariamente appalesare il nome del committente (8). È questa una particolarità di tal contratto, ed una eccezione al diritto comune.

532. Niuna cosa impedisce intanto allo stesso committente di appresentarsi ove lo creda necessario, e di dichiarare ai terzi con i quali à negoziato il suo mandatario che l'affare è stato eseguito per lui, e ch' egli intende averlo per suo e rispettarne le condizioni.

(1) Mio com. della *Prescrizione*, t. 2, n° 1070.
(2) *Id.*
(3) Mio com. della *Prescrizione*, t. 2, n° 1061.
(4) Stracchа. *Mandati*, n° 47. — Ansaldo, *disc.* 30, n° 32.
(5) *Disc.* 76, n° 5.
(6) Ed egli vi ritorna supra, *disc.* 56, n^i 12, 13 : « *Essendo stile dei mercanti, introdotto per motivi* « *di prudenza, il contrattare senza spiegare la persona per cui fanno il commercio.* »
(7) I sigg. Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n^i 264, 265, ànno trattato questo punto con una grande perizia.
(8) N^i 559, 560, *Infra*.

Ma tale volontario palesamento fatto dalla persona per conto della quale il commissionario à agito non cambia in nulla i rapporti originariamente formati fra questo istesso commissionario ed i terzi. Il commissionario non si libera per ciò dal contratto, eccetto se i terzi volessero consentirvi. Ei continua ad essere personalmente obbligato; imperciocchè à contrattato *pro se*. Questo contratto à abbracciato la sua persona, ed il fatto del committente non può alterare un tale stato di cose. Segue da ciò che l' intervenimento del committente altro non fa che afforzare il contratto, e congiungere la garentia del committente a quella del commissionario. Si è nel caso di applicare al riguardo la dottrina di Ansaldo e di Casaregis, le cui energiche espressioni saranno da me citate di qui a poco (1). Essa è fondamentale, ed inoltre è risplendente di ragione e di equità.

533. Devilleneuve à per altro insegnato nella sua pregevole raccolta che, per effetto di tale palesamento, il commissionario sparisce interamente, anche per lo passato, e che lascia esistenti solamente le due parti interessate alla negoziazione: il committente ed i terzi (2). Ma questa è una inavvertenza che io significo al suo saggio ingegno. Come mai è possibile che il fatto di una persona straniera al contratto ne' cambii le condizioni e rimuova l'obbligazione senza il consenso dell' altra parte? Ove sarebbe la giustizia? Ove sarebbe la stabilità de' contratti? Ove sarebbe la garentia da' terzi?

Devilleneuve à sostenuta la sua opinione su quella de' sigg. Delamarre e Lepoitevin (3), e su di una dottrina di Casaregis (4) della Rota di Genova (5) e di Ansaldo (6), messa in luce da questi dotti autori. Ma non à osservato che nè i sigg. Delamarre e Lepoitevin, nè Casaregis, nè la Rota, nè Ansaldo ànno in mira il caso che ci occupa. Il principio che il commissionario scomparisca per effetto del palesamento della persona per conto della quale à luogo la commissione non esiste se non se quando l' operazione è stata fatta sotto la condizione risolutiva di una *persona da nominare* (7); come, a cagion di esempio, in caso di commissione di lavoro o altro simile, ed usitato così in diritto civile, che nel commercio. Ma questa ipotesi, della quale ci occuperemo indi a poco (8), non à nessun rapporto con quella della quale qui si tratta, ed in cui il commissionario si è obbligato personalmente, *pro se*, e senza veruna condizione. Noi vedremo ancora al n° 553 che i sigg. Delamarre e Lepoitevin, seguitando a tal proposito Casaregis ed Ansaldo, insegnano espressamente che nel caso in cui il commissionario si è obbligato *pro se*, e, per più, per una persona da nominare, questa riserba non autorizza il commissionario a retrocedere dal contratto; e che, oltre ciò, tale nomina non fa altro che aggiungere un novello obbligato all' obbligato principale.

E non bisogna credere, come fa Devilleneuve, che questa dottrina, secondo la quale il commissionario rimane stretto dal contratto ad onta del palesamento della persona per conto di cui è la commissione, sia particolare al contratto di assicurazione. Imperciocchè à notabile che, precipuamente nel contratto di assicurazione, si è indotto a modificare una tale dottrina quando sopraggiunge un infortunio che costringe a palesare la persona per la quale si agisce ed esporla al cospetto degli assicuratori (9).

534. Del rimanente, ecco un caso affatto degno di attenzione in cui la nostra dottrina à ricevuto una luminosa confermazione mercè un arresto della Corte reale di Bordò, il quale è il risultamento di prove contraddittorie e di singolari conflitti (10).

Louzeau-Coudrais, negoziante commissionario a Nantes, nel 4 gennaio 1842 fece col sig. Audicq negoziante nella stessa Città, un contratto mercè cui vendette a quest' ultimo 30 botti di acquavite da consegnarsi in maggio ed in giugno dello stesso anno. La vendita conteneva questa clausola straordinaria: che se al tempo della consegna la vendita dell' acquavite non presentasse utilità, il contratto rimarrebbe per conto di Louzeau-Coudrais, e che Audicq sarebbe sciolto da obbligazione con pagargli il 2 per 100 di perdita.

Louzeau-Coudrais il quale, come si è veduto, aveva agito in proprio nome, era il rappresentante a Nantes della casa Hannapier di Bordò (11). Egli diede avviso a' suoi commet-

(1) N° 553. — Argomento da Pothier, *Mandato*, n° 83.
(2) 44, 2, 194 (nota).
(3) T. 2, n° 346.
(4) Casaregis, *disc.* 5, n° 19.
(5) *Decis.* 14, n° 53.
(6) *Decis.* 12, n° 3.
(7) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 342.
(8) *Infra*, ni 549, 550.
(9) *Infra* ni 563, 564, 565.
(10) V. la raccolta di Devilleneuve, *loc. cit.*, e l'altra di Dalloz, 44, 2, 161. Quest' ultima raccolta cita pur anche Casaregis ed Ansaldo, e non porta nè pure molta attenzione all' ipotesi che questi giureconsulti ànno in veduta; ciò che la spinge in una falsa applicazione della loro dottrina.
(11) La raccolta di Dalloz non determina i patti con molta precisione: considera Louzeau-Coudrais qual commissionario di Audicq per comperare da Hannapier. Ma la vera posizione di cose non era sì fatta. Louzeau-Coudrais era commissionario di Hannapier; egli aveva venduto ad Audicq, ed Audicq era *ter-*

tenti; e nel 21 gennaio del seguente anno costoro scrissero ad Audicq per parteciparglі di aversi procurato l'acquavite, secondo l'ordine ad essi trasmesso dal loro rappresentante; e che ne farebbero la consegna in maggio ed in giugno. Audicq, ritenutosi avvisato, non rispose cosa alcuna.

Sembra, del rimanente, che Louzeau-Coudrais non diede veruna conoscenza alla casa Hannapier della clausola particolare che liberava Audicq nel caso in cui l'acquavite si vendesse con perdita in maggio ed in giugno.

Che che ne sia, essendo giunta l'epoca delle consegne, avvenne un calo di prezzo, ed Audicq rifiutò la consegna offerendo il 2 per 100 di perdita.

La casa Hannapier di Bordò volle costringervelo, e gli oppose il seguente sistema:

Noi non avevamo conoscenza delle condizioni particolari intervenute fra voi e Louzeau-Coudrais. Allor quando vi abbiamo dato notizia della compra da noi fatta nel vostro interesse, non avete risposto cosa alcuna che potesse metterci in istato di conoscere quelle condizioni, quantunque a tale epoca fosse importantissimo per noi l'averne conoscenza. Su questi dati, abbiamo fatta la compra, in buona fede, e conformemente all'ordine dato da Louzeau-Coudrais. Le particolari condizioni intervenute fra voi, Audicq e quest'ultimo non ci riguardano affatto: abbiamo dovuto supporre che voi avevate ratificato l'ordine ne' termini in cui ve ne parlavamo nella nostra lettera. Inoltre, la clausola della quale vi prevalete è strana, ed è contraria a ciò che si pratica in questo genere di operazioni.

Da un'altra parte, sta per principio che le proposizioni fatte da' rappresentanti e da' commessi per fuori non sono valide se non se dopo la ratificazione de' loro mandanti, allorchè queglion non sono portatori di sufficienti facoltà per condurre a fine l'operazione. Tal era il caso dello affare. Noi adunque non abbiamo potuto essere obbligati dal fatto di Louzeau-Coudrais se non nel limite della ratificazione che abbiamo data alle sue proposizioni; e poichè ci à dato conoscenza della sola commissione di comprare e non della condizione in quistione, noi abbiamo ratificata solamente la commissione di comprare e di provvedere: il soprappiù non potrebb'esserci opposto.

Questo sistema sovvertiva tutte le idee ricevute in materia di contratto di commissione. Ciò non ostante fu adottato dal tribunale di commercio di Bordò, e (cosa non meno incredibile) consacrato da un primo arresto della Corte reale del 4 luglio 1843 (1).

Qual era, in vero, lo stato delle cose?

Il commissionario aveva venduto gli spiriti in suo proprio e particolar nome ad Audicq, terzo, il quale aveva negoziato con lui come venditore. Audicq non conosceva la casa di Bordò celata dal commissionario. Non aveva quindi per obbligato che quest'ultimo (2): e però tra lui e 'l commissionario non poteva esservi il menomo dubbio sul diritto di Audicq di rifiutare il contratto, avvenendo il caso di calo di prezzo. Quanto alla casa di Bordò dalla quale Louzeau-Coudrais aveva ricevuto le facoltà, essa non aveva verun' azione contro Audicq, ed Audicq non aveva nessun' azione contro di essa (3). E ciò è certissimo.

Ma ecco che la casa di Bordò, prendendo l'iniziativa, scrive ad Audicq per appalesarsi: gli fa conoscere che Louzeau-Coudrais è suo commissionario, che le compre degli spiriti sono state fatte da essa, e che essa ne farà la consegna nelle epoche stabilite. Ciò che vuol dire? Si fatto palesamento poteva forse cambiare i primitivi rapporti, ed operare una novazione a' patti? No. Un nuovo obbligato viene ad unirsi al primitivo obbligato, ad afforzare le costui obbligazioni, ed a garentirne l'esecuzione (4): ecco tutto. Ma come mai sarebbe possibile che un tale intervenimento togliesse ai terzi il beneficio del loro contratto o ne menomasse l'estensione? I terzi si sono abbandonati alla fede del commissionario: il contratto à colpito la costui persona. Si è questo uno stato di cose consumato, un punto ottenuto. Tutto ciò che può produrre il palesamento fatto dalla persona per conto della quale agisce il mandatario, è di aggiungere garentia a garentia: *persona accumulatur ipsi contractui*, come dice Casaregis (5).

Potrebbe esserne diversamente solamente quando il terzo avesse prestato il suo consentimento ad una novazione. Ma la novazione non si presume; e nella specie inoltre è indubitato che Audicq non aveva risposto cosa alcuna alla lettera con la quale la casa di Bordò gli faceva sapere le compre. Laonde il suo silenzio non poteva essere interpetrato come causa di stravolgimento nel primitivo ufficio delle parti. Ci aveva, per contrario, una pruova che Audicq aveva creduto ad una ratificazione

zo compratore. Ciò emerge formalmente dall'arresto del 26 luglio 1843, ed anche dell'arresto del 4 luglio 1843, in cui si cerca assimilare Coudrais ad un commesso di gite (*commis voyageur*), ad un rappresentante della casa Hannapier, ed in cui gli si dà il titolo di *rappresentante di Hannapier*.

(1) Devill., 44, 2, 193, e segg.

(2) *Supra*, ni 523, 535, 539.

(3) *Supra*, ni 523, 535, 539.

(4) *Infra*, n° 553, la citazione di Ansaldo e Casaregis.

(5) *Infra*, n° 553.

del contratto fatta dai commettenti di Louzeau-Coudrais.

Poco importava, per altro, ad Audicq che la condizione risolutiva del suo coatratto fosse stata ignorata dal commettente, e che il commissionario non avesse data conoscenza di un patto che oltrepassava i limiti de' suoi poteri a colui dal quale aveva ricevuto il maadato. Audicq aveva negoziato con Louzeaa-Coudrais, il quale aveva agito *proprio nomine*. Il commettente non poteva intervenire contro Audicq, vero terzo a suo riguardo, se non se esercitando i diritti del commissionario ed accettando in conseguenza tutte le sue obbligazioni.

E però, in ogni modo, la casa di Bordò era tenuta. Ed il tribunale di commercio e la Corte reale, considerando Louzeau Coudrais come un semplice mandatario, *nudus minister*, mentre che questi aveva contrattato ia suo nome, senza designazione del suo commettente, avevano violato l'art. 91 del Codice di commercio (87 LL. di ecc.), le più invariabili usanze, e le più ovvie ed accreditate nozioni.

Si è perciò ch' essendo risorta la quistione nel tempo delle consegne del mese di giugno che Audicq si ostinò a ricusare, la Corte reale di Bordò (istessa camera), meglio illuminata sul punto di diritto, profferì nel 26 luglio 1843 un arresto contrario al precedente, ed annullò la sentenza con la quale il tribunale di commercio aveva perseverato nella sua inconcepibile giurisprudenza (1). Questo arresto fa onore a'lumi ed all'imparzialità di quella Corte, e contiene la consacrazione de'veri principi (2).

E fa d' uopo notare che tale arresto scompiglia tutte le idee che attacca Devilleneuve al palesamento di quello per conto di cui si agisce (3) ; imperciocchè, in vece di considerare il commissionario siccome scomparso fin dal momento in cui il commettente si manifesta, l'arresto decide apertamente che la casa di Bordò non à altro titolo ed altri diritti se non quelli dello stesso Louzeau-Coudrais. Il commettente non può in fatti far altro, appalesandosi, se non se accettare la posizione di cose ottenute dal commissionario, ed aderirvi con la sua aggiunta : ma non può mica formarsi contro i terzi da'diritti, de'titoli, e delle azioni diverse da quelle che derivano dalla stessa persona del commissionario. Io ripeto : il sig. Devilleneuve à applicato al nostro caso talune regole che son fatte pel solo caso di una condizione risolutiva stipulata al tempo del contratto. Qui il contratto è puro e semplice : esso dà ai terzi un obbligato personale che il fatto del commettente non potrebbe far scomparire in loro pregiudizio. Tutt' i giureconsulti che fanno autorità in questa materia decidono a tal modo, e non vi à nessun punto di diritto il quale possa essere meno di questo disputato.

535. Abbiamo detto che il mandante ignorato da' terzi e nascosto nel contratto non abbia contro di essi nessun' azione.

La regola inversa e reciproca è questa, che i terzi non ànno veruna azione contro di lui. Ed a tal riguardo abbiamo disopra osservato il testo del Codice spagnolo (4).

Per la qual cosa, allor quando il mandatario à eseguito il mandato in suo nome e senza darne conoscenza, il mandante è una persona *penitus extranea* per i terzi : egli non à azione alcuna contro costoro,ed i terzi non ànno azione alcuna contro di lui (5).

Supponghiamo, per esempio, che, nel caso giudicato a Bordò di cui or ora abbiamo dato ragguaglio (6) , Audicq fosse il commettente di Louzeau Coudrais incaricato di comperargli le acquaviti, e che quest'ultimo le avesse comperato in suo nome e d'ordine di Audicq dalla casa di Bordò:la casa di Bordò avrebbe per obbligato il solo Louzeau-Coudrais;non potrebbe in ciò che la risguarda trasformare Audicq in compratore; e non potrebbe obbligarlo a ricevere la consegna in termini diversi da quelli stabiliti nel contratto ripassato con Louzeau-Coudrais!!

Ciò è presso a poco come se l' affare fosse stato trattato da una persona intermedia che prestasse il suo nome. Costei sarebbe essa sola obbligata, essa sola risponsabile, e per nulla colui che essa avrebbe la missione di rappresentare sotto quel nome improntato.

536. Ma si fatto principio certo non riceve forse eccezione allor quando è notorio che l' affare veniva fatto pel mandante, che il mandatario agiva come tale e col conosciuto di colui interesse , in somma, che i terzi, compresi in questa notorietà, ànno seguito la fede del mandante quanto quella dal mandatario ?

Una tale quistione è troncata nel seguente modo da Pothier (7) : ei pretende che il mandatario sia principale obbligato, poichè à dato il suo nome ; ma vuole nello stesso tempo che esso obbliga il suo mandante unitamente a lui : « Il mandante, in tal caso, è considerato ade- « rire a tutte le obbligazioni contratte dal

(1) Devill., *loc. cit.* : Dalloz, *loc. cit.*

(2) Ciò è quanto viene riconosciuto dai sigg. Dalloz e Devilleneuve , sebbene non potessero essere approvate tutte le loro osservazioni sul mentovato arresto.

(3) La raccolta di Dalloz non va mica così lungi quanto lui su tale punto.

(4) *Supra*, n° 522. — *Infra*, n° 597.

(5) *Infra*. n° 548, esempio.

(6) N° 534.

(7) *Mandato*, n° 88.

« mandatario pel suo affare, e da questa ac-
» cessoria obbligazione del maodante deriva
» un'azione che vien chiamata *utilis institoria*,
« *la quale compete contro il mandante* a colo-
« ro con *i* quali il mandatario à contrattato per
» l' affare dello stesso mandante. »

Ed egli cita questo passo delle decisioni di Paolo (1):

« *Si quis foenerandae pecuniae, agro co-
» lendo, condendis vendendisque frugibus
« praepositus est, ex eo nomine quod eum illo
« contractum est, in solidum fundi dominus
« obligabitur* ; » il quale passo è conforme alla legge 5, § 2, *De instit. act.*, che Ulpiano à tolta dalle opere di Labeone.

537. Ma i sigg. Delamarre e Lepoitevin, senza citare Pothier, cootrastaoo la mentovata dottrina, ed oppugnano molti arresti della Corte di Rennes i quali l' ànoo seguita in un caso che è utile di ricordare.

Poirier aveva ricevuto commissione da un tale negoziante sig. Ozou, per effettuare talune compre di cereali. Poirier negoziava io suo proprio nome co' venditori ; e faceva apporre gli avvisi, stabiliva i prezzi, comperava pagava, spediva, sempre sotto il suo oome e senza nominare Ozou, il quale, da una parte, lo provvedeva delle somme necessarie per le snddette operaziooi, e, dall'altra, gli pagava un diritto di commissione. Era indubitato che Ozou non aveva avuto giammai relaziooi dirette con i venditori.

Sì fatto stato di cose era perdurato otto aoni ; ma, alla fine di questo tempo, Poirier priocipiò a sviarsi, giacchè ooo pagò parecchi venditori, e costoro istituiruoo un giudizio contro Ozou.

Il quale rispose imprima ch' egli aveva anticipate somme considerevoli a Poirier ; inoltre, che, non avendo giammai negoziato con *i* terzi nè persooalmeote nè per mezzo di procuratore, oon era tenuto verso di essi a cosa alcuna. Tutt' *i* contratti sono stati effettuati coo Poirier e sotto il nome di Poirier ; si è la fede di costui solameote ch' è stata seguita. In materia commerciale non si può mai agire contro quel commetteote il cui oome non è stato indicato ne' contratti.

Nulladimeno, tre arresti pronunziati nel 17 genoajo, nel 9 febbrajo e oel 27 marzo 1832 decisero, secondo *i* fatti, che Poirier noo era stato altro che un semplice mandatario, il quale aveva comprato notoriamente per Ozou; ch'egli era generalmente coosiderato qual preposto e fattore di quest' ultimo ; che il suo poco credito e la sua poca solvibilità oon lasciavaoo affatto supporre essersi commessi i terzi alla sua fede ; e che piuttosto si aveva avuto riguardo alla fede di Ozou il quale era rappresentato da colui, e la ricchezza del quale costituiva pel pubblico la garentia determinante.

538. Ma, in due altre cause toccate ad altre camere ed ioterveoute fra lo stesso sig. Ozou ed i venditori di Poirier, la corte di Rennes fece prevalere altre idee. Essa si soffermò alla circostanza che ogni cosa, avvisi, compre, pagamenti, era stata fatta io nome di Poirier ; che quest' ultimo oon aveva assunta giammai la qualità di mandatario ; e che Ozou non erasi appalesato mai e non aveva avute relazioni con i terzi : dichiarò quindi con due arresti, che *i* terzi noo avevaoo azione contra Ozou.

539. I sigg. Delamarre e Lepoitevin, dai quali ripetiamo la ootizia de' suddetti arresti e di quelle interessanti particolarità, non esitano ad iosegnare che *i* due ultimi arresti della Corte di Rennes sooo essi soli conformi alla legge (2). Eglino si riportano al principio : *Personam contrahentium non egrediuntur contractus* : invocano d' Argentrè, la cui massima è la seguente : « *Quoties quisquam in rebus agit,
» vendit, permutat, contrahit sine adjectione
» externae qualitatis, semper nomine suo con-
» trahere videtur* (3) ; » ed avvalorano una tale regola con la dottrina di Casaregis (4) e di Ansaldo (5).

Ecco, in vero, le espressioni di Casaregis : « *Aut procurator simpliciter contraxit non
» expresso mandato* ; *et tunc res est plana* :
« *quia persona domini, respectu alterius con-
» trahentis, non habetur in consideratione,
« nullaque idcirco acquiritur, ex contractu
« procuratoris, actio domino, contra alterum
« contrahentem* (6). »

Ed in altro luogo : « *Quondo mandatarius
» simpliciter contrahit, non expresso man-
» dato, adeo in eo radicatur contractus, ut
« mandanti amplius contra tertium emptorem
« nulla competere possit actio. Nam respectu
« habito ad dictum tertium, mandans consi-
» deratur ut persona penitus extranea*, ecc.,
» ecc. (7). »

540. Queste autorità, che io noo ributto, son esse poi incoocilisbili con la dottrioa di

(1) *Sent.*, 2, 8, 2.
(2) T. 2, n° 268.
(3) Sulla Brettagna, glos. 1, n° 4. — Abbiamo citato il soddetto testo nel nostro comeoto della *Società*, t. 2, n° 778.
(4) *Disc.* 76, n° 2 ; *disc.* 9, n° 9, in coofarmità della Rota di Genova, 137, n° 1.
(5) *Disc.* 30, n° 31 e 32.
(6) *Disc.* 9, n° 9, uniformemente alla legge *Res ex mandato*, D., *De acq. rer. dom.*, e legge *Si procurator*, 85, *fin.*, D., *Mandati*.
(7) *Disc.* 76, n° 2.

Pothier e con gli arresti della Corte di Rennes che sono criticati dai sigg. Delamarre e Lepoitevin? Io non credo.

Trattando del contratto di società, abbiamo detto che un socio, quando contratta esso solo, in suo proprio e particolare nome, non obbliga altri che sè stesso; i terzi che àn seguito la sua fede non ànno verun' azione contra la società: e ciò, quando anche la società avesse tratto profitto dal contratto (1). Una tale proposizione, corroborata dall'autorità di Papiniano, di Cujacio e di altri, non potrebbe essere rivocata in dubbio: ed io non debbo rivenir quivi sulle pruove che la rendono più chiara della luce.

Ma abbiamo detto parimente che quando è notoria l'esistenza della società, ed è riconosciuto che i terzi si son dati alla fede di questa stessa società, poco monta che la società non sia stata formalmente nominata negli atti intervenuti con i terzi. L'atto è accompagnato da circostanze tali che il pubblico non à potuto separarlo da uno stato sociale reale, presente, operativo e provocante la fiducia loro. *Eadem est vis expressi taciti ac expressi*. Il silenzio è vano in questo caso: i fatti parlano chiaramente, e non ànno mica bisogno di spiegazione (2). Una società non viene sempre additata mediante la sua ragione sociale. Ci à equivalenti (3); ci à circostanze di fatto (4) che imprimono ad ogni atto il carattere sociale, quantunque la società non sia nominata in precisi termini.

E bene! questa dottrina è quivi interamente applicabile. Il mandatario è come il socio: egli obbliga il suo mandante verso i terzi solamente quando à assunta la qualità di suo mandatario. Ma, perchè si fatta qualità gli sia impressa ne' suoi rapporti con i terzi, non è mica assolutamente necessario che emerga dalle parole. Il giudaismo non è quivi più in uso di quel che sia nella società. Il nome del mandante può legarsi all'atto per effetto di circostanze di fatto, mediante una certa pubblicità di stato, che i tribunali debbono valutare con equità: e ciò è quanto lo stesso Casaregis insegna formalmente nel suo discorso 43 (5).

541. Ne' casi giudicati a Rennes, Poirier era stato per molti anni il dipendente di Ozou, e vi era stata fra di essi una serie di relazioni stabili, continue, ed incessantemente rinascenti. Ora, durante questa lunga corrispondenza, come mai è possibile di supporre che Ozou non si era affatto manifestato ai terzi, che non aveva dichiarato Poirier per suo fattore, e che non aveva appalesata la mano che sosteneva quest'ultimo, alimentava le costui operazioni o gli comunicava un credito il quale non era mica da lui personalmente goduto? Senza dubbio Ozou non avea figurato in nome proprio nelle compre; giacchè Poirier le aveva effettuate senza nominarlo. Ma che monta, se il suo concorso derivava dai fatti! che monta, se il suo credito ne era stata la cagione determinante! Era forse assolutamente necessario di esprimere ciò che tutti conoscevano, e ciò che non era stato in niun modo e menomamente smentito da Ozou? Non era questo adunque il caso di applicare la dottrina degli autori citati al n° 538; imperciocchè essa è vera solamente quando la persona del mandante non è stata presa in considerazione dai terzi. *Nullumque ad personam mandantis respectum habuisse*, dice Casaregis (6); o pure come dice Ansaldo: *Ea semper persona remanet obligata, cujus intuitu ac respectu contractus reperitur celebratus* (7). Nel suddetto caso, per l'opposto, il credito di Poirier non era stato determinante: si avvera nel fatto ch'egli ne era sfornito, e la fede ed il credito di Ozou, tacitamente ed implicitamente esposti, sono stati seguiti.

542. Se la cosa andasse diversamente, la frode si varrebbe di un tal mezzo di diritto per ingannare i terzi; e si porrebbe le parole al disopra delle cose, e le macchinate apparenze al disopra della realtà.

Ecco, in fatti, un caso che sostiene la suddetta proposizione. Io era relatore della causa presso la camera de' ricorsi nell'udienza del 20 agosto 1814.

Leloutre, figlio minore, domiciliato con suo padre in Quillebœuf (Eure), faceva traffico di cavalli sotto il suo nome. I depositi erano situati presso il padre Leloutre; le vendite erano effettuate nelle case e nelle scuderie appartenenti a quest'ultimo; gli uomini e gli animali che facevan parte in quel traffico erano alloggiati presso Leloutre padre; tutto, in somma, indicava che il figlio agiva pel padre, quantunque schivasse di pronunziare il nome di quest'ultimo.

Nel 13 novembre 1842 un tale signor Chaise vendette un cavallo a Leloutre figlio, per lo prezzo di 805 franchi. Il cavallo fu consegnato nel domicilio del padre Leloutre. E poichè il

(1) Mio com. delle *Società*, t. 2, n[i] 772, 773.
(2) *Loc. cit.*, n[i] 781, 782. — N° 376.
(3) N° 795, in cui io cito la Rota di Genova.
(4) N° 376, in cui io cito Casaregis.
(5) N[i] 39, 40, soprattutto se l'atto non si adatta al credito ed alla persona del mandatario: *Addito praecipue quod negotium actum per Barios* (il mandatario), *domino Regi* (il mandante), *non sibi conveniebat*, n° 40. — *Junge disc.* 5, n° 93.
(6) Citato dai sigg. Delamarre e Lepoitevin; t. 2, n° 266.
(7) *Disc.* 12, n° 7.

prezzo non fu pagato, Chaise citò Leloutre padre dinanzi il Tribunale d' Evreux per lo pagamento di quella somma, degl' interessi e delle spese.

Rispose Leloutre: Non sono io che faccio un tal negozio: mio figlio è quello che lo esercita, in suo nome, ed a suo rischio e pericolo: io, ne sono straniero.

Ma il signor Chaise insisteva sopra molte circostanze per dimostrare che Leloutre figlio non era altro se non se l' agente di suo padre. Egli ricordava che la sede del traffico era presso di costui, e che il suo credito sosteneva il figlio nelle operazioni che da costui si effettuavano. Egli opponeva questo insuperabile dilemma : O vostro figlio è vostro mandatario, che manifestamente agisce per voi quantunque egli sia quello che comparisce di persona, e siete voi tenuto; ovvero non è vostro mandatario, ma in tal caso voi avete ingannato il pubblico facendo supporre vostro l' affare; è ciò, dal canto vostro, una frode di cui siete colpevole presso il pubblico che inducete in errore con un tale sistema di apparente cooperazione.

Essendo stati pruovati da Chaise i fatti allegati, una sentenza diffinitiva pranunziata dal tribunale d' Evreux condannò Leloutre.

Nel merito, la sentenza mi sembrò ben fondata ed inoppugnabile; ma, nella forma, essa presentava un vizio che diede luogo all'ammissione del ricorso.

543. Per avvalorare sì fatta dimostrazione, io ricordo che il diritto romano, il quale accorda un' azione diretta, *exercitoria* o *institoria*, contro l' armatore ed il proprietario per i fatti del capitano o del preposto, si appoggia unicamente sopra tale notorietà di cui parlo, ed il pretore non à esitato ad accordarla, quantunque il capitano o l' institore non avessero agito in proprio nome. Vorremmo noi ripristinare un rigore d' azioni che gli stessi Romani avevano stimato di abbandonare, *omissis legum rigoribus* (1)?

544. Del rimanente, i tribunali ànno un sovrano potere per valutare i fatti e decidere, secondo le circostanze, se il commissionario à agito in suo nome, ovvero in nome del suo committente, il quale a tal modo è stato da lui renduto obbligato verso i terzi. Essi consultano le corrispondenze, le fatture, i registri (2), e decidono per la verità con un' autorità che non può essere censurata dalla Corte di cassazione.

Ma, a fine di rimuovere le difficoltà che potranno presentarsi al riguardo, è d' uopo fare alcune spiegazioni atte a far discernere in quali casi il mandatario è considerato negoziare in nome del suo mandante, o pure in suo proprio e particolare nome. Le formole usitate nel commercio àn bisogno di parecchie osservazioni.

Un commissionario, conosciuto per tale, fa una compra di mercanzie senza palesare il nome del suo committente ; contiene la fattura : « *Venduto ad uno, commissionario, d' ordine* « *de' suoi committenti.* » Evidentemente, quel commissionario obbliga soltanto sè stesso al pagamento. Come mai il mandante rimarrebbe obbligato direttamente, dappoichè non è affatto nominato nella fattura ?

545. Ma supponghiamo che il contratto contenga: « *Venduto, per conto di Pietro, a Giacomo, per mezzo di Francesco.* » In questo caso la clausola è meno chiara; ed a prima giunta potrebbe credersi che Giacomo, avendo non solamente dichiarata la sua qualità di commissionario, ma avendo ben anche nominato il suo committente, renda obbligato solamente quest' ultimo e non si obblighi personalmente. Tuttavolta non ne è così (3). La cosa è stata venduta a Giacomo. è egli compratore in faccia ai terzi; è sopra di lui che poggia l'obbligazione di ricevere la consegna e di pagare.

Poco importa aver egli dichiarato agire *per conto di Pietro*. Ciò che significa ? Forse non si conosce d' esser egli commissionario, dappoichè ne esercita pubblicamente la professione? Non si conosce forse che in conchiusione egli non attende per sè stesso agli atti del suo ministero ? Che significa dunque l' aggiungere al contratto le espressioni: *per conto di Pietro ?* Nulla assolutamente che abbia importanza. Esse non fanno altro che confermare un fatto già notorio, cioè che Giacomo è commissionario. Solamente fan conoscere ch' egli, nel caso particolare, è commissionario di Pietro : ma è necessario certamente che sia commissionario di qualcuno.

Questo è il motivo pel quale, nello stile commerciale, è ritenuto che l' indicazione della persona per conto di cui si agisce, accanto al commissionario che agisce in suo proprio e particolare nome, non faccia del commissionario un mandatario ordinario, un *nudus minister*, un *nudum organum*. Niente di tutto ciò! il commissionario detto *per conto altrui* è, per l' opposto, nel linguaggio commerciale, il vero commissionario che agisce in suo nome proprio e particolare, ed è distinto dal commissionario che agisce sotto il nome del committente. La usanza commerciale è stabile, ed è poggiata sulle più accurate autorità (4) e sul testo degli

(1) Espressioni di Casaregis, *disc.* 76, n° 4.
(2) Cassaz., 18 marzo 1829 (Dal. 29, 1, 413).
(3) Emerigon, delle *Assicurazioni*, cap. 5, sez. 3, l. 1, p. 138. — *Infra*, n° 582.
(4) Ansaldo, *disc.* 30, ni 28, 32. — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, ni 339 e 267. — Emerigon, *loc. cit.*

articoli 91 e 92 combinati del Codice di commercio (87 ed 88 LL. di ecc.).

546. Cosa adunque è necessario perchè il commissionario venga considerato, nelle materie commerciali, ristringersi all'ufficio di persona intermedia passiva? È necessario ch' ei dichiari positivamente di agire sotto il nome del suo committente: è necessario che ciò dichiari in un modo espresso o pure con mezzi equivalenti. Ma è regola generale che l' espressione *per conto di **** non gli toglie nulla del carattere attribuitogli dall'articolo 91 del Codice di commercio (87 LL. di ecc.) e dal diritto comune in questa materia.

547. La giureprudenza è giunta ancora a decidere che il commissionario il quale compera la mercanzia in suo nome, ma avanti al suo committente da cui è accompagnato e di cui quegli fa conoscere il nome, non cessa d'essere egli solo obbligato, quando è stata seguita la fede del solo commissionario (1). Al terzo il quale vende la sua mercanzia, cosa importa il nome di un tale committente ch' ei forse non conosce e 'l cui credito è ignorato sulla piazza? Non è mica con lui che si è negoziato, benchè per lui. La sicurezza del commercio richiede a questo modo.

548. Accanto a queste due posizioni, cioè, del commissionario che negozia per conto altrui e del commissionario che negozia sotto il nome del committente, ce ne è una terza: quella del mandatario che agisce per una persona ch' ei si riserba di nominare in seguito (2). Quali sono gli effetti di questa clausola, così rispetto al mandatario che riguardo alla persona da nominare?

Nel diritto civile esiste un patto che si presenta come esempio della suddetta posizione di cose, val dire il patto di commissione. Ne abbiamo esposti analogamente i principî nel nostro comento della *Vendita* (3). Fino alla dichiarazione, quegli che compera per un amico da nominare, questo compratore in suo nome è egli solo obbligato (4). Ma, non appena fatta la dichiarazione, l'acquirente ostensibile è sciolto, e la persona nominata prende il posto di lui con effetto retroattivo (5).

E quando dico che è sciolto l' acquirente, io intendo per altro che una tale proposizione, giusta in generale, debba essere combinata con taluni casi particolari, soprattutto con quello ch' è definito dall' articolo 713 del Codice di procedura civile (64 riformato ed ampliato L. de' 29 dicembre 1828), in cui si vede che il legislatore costituisce risponsabile quel patrocinatore il quale si è renduto aggiudicatario per una persona insolvibile o per le altre persone dichiarate incapaci dallo stesso articolo.

Revel, patrocinatore, si era renduto aggiudicatario per una persona che non era esistente, ma all' esistenza della quale aveva prestato fede sopra menzognere e false relazioni. Egli, dichiarato risponsabile mercè arresto della Corte di Aix, produsse ricorso in cassazione. Ma il suo gravame fu rigettato, con arresto della camera de' ricorsi pronunziato nel 17 marzo 1844, sul fondamento dell' art. 713 del Codice di procedura civile (64 riformato ed ampliato L. dei 29 dicembre 1828).

In fatto ed in diritto, potrebbe dirsi altrettanto di ogni mandatario quale si fosse, che, per sua colpa, avesse arrecato pregiudizio ad altri. L' art. 1382 del Codice civile (1336 LL. civ.) è assoluto, e tale dev' essere.

549. Le regole fin qui esposte non sono particolari al diritto civile ed alle compre d' immobili : il diritto commerciale le applica in molti casi, allor quando la riuscita dell' operazione richiede una momentanea dissimulazione del vero interessato (6). Se ne rinvengono soprattutto esempî nelle assicurazioni, in cui si spesso è necessario di tenere in sospeso il nome del vero assicurato, finchè giunga il momento di dimostrare com' egli era il vero proprietario dell interesse sotto rischio, e come l' assicuranza non era una scommessa.

A cagion d' esempio, io, commissionario di assicurazioni, prendo un' assicuranza all' Havre, d' ordine e per conto d' una persona che mi riserbo di nominare. Finchè non faccio conoscere il mio committente, sono io per gli assicuratori un obbligato personale (7).

Ma, non appena fatto il palesamento, l' assicurazione è considerata presa *ab initio* dalla persona indicata, e tutt' i diritti, così attivi che passivi, si riuniscono nella stessa persona : « *Facta intra tempus nominatione, censeri* « *debet contractus ab initio radicatus in persona nominanda, et transfunditur omne jus* « *in nominatum, nulla penes nominantem existente* (8). » Il commissionario scomparisce, ei rimane solamente come *merus executor* (9).

(1) Giureprudenza di Marsiglia, 1827, 1, 135. — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 267. — V. pure un arresto di rigetto della camera de' ricorsi pronunziato nel 25 novembre 1829 (Dal., 29, 1, 42).

(2) Mantica, *De tacit. et ambig.*, lib. 14 , t. 28 , n° 22. — Casaregis, *disc.* 5, in cui tale materia viene trattata a fondo. — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, ni 337, 338.

(3) T. 1, n° 64.

(4) Favre, *Codice*, lib. 4. t. 34 , def. 5. — Casaregis, *disc.* 10, n° 93.

(5) Mio com. della *Vendita*, t. 1, n° 64.

(6) Delamarre a Lepoitevin, t. 2, ni 342 e segg.

(7) Casaregis, *disc.* 5, n° 22.

(8) Casaregis, *disc.* 5, n° 6.

(9) *Id.*, ni 10, 20, 21, 66.

550. Lo stesso è a dirsi se io compero il tale naviglio d'ordine e per conto della persona che mi riserbo di nominare entro il tale termine (1);

O pure se mi rendo aggindicatario dell'affitto dal dazio di consumo della tale Città, d'ordine e per conto della tale società da nominare fra il termine di legge (2).

La giureprudenza della Rota di Genova insegna in simil caso (ed essa è uniforme alla dottrina di Casaregis) che il palesamento fa uscire il mandatario dal contratto e fa passare tutte le obbligazioni sulla persona nominata (3): « *Ille qui nominat eximit se ab obligatione* « *prius contracta*, *et non remanet amplius* « *obligatus*; *sed in illum nominatum transfunditur obligatio*; *et onus*, *quod prius con-* « *trahens habebat*, *in hunc secundum transit* « *perinde ac si ab initio contraxisset.* »

Si vede bene che questi sono i puri principî del diritto civile in materia di commissione.

551. Intanto, perchè mai quel palesamento libera retroattivamente il mandatario, mentre che ne' casi da noi discorsi a' numeri 544, 545, 546, 547, l'indicazione del nome di colui per conto del quale si agisce non à nessun effetto sulle obbligazioni contratte dal commissionario?

La ragione ne è semplice:

Nelle ipotesi delle quali ivi si tratta, i terzi non ànno voluto avere nessun riguardo al committente nominato *ob initio*, ed ànno voluto seguir la fede del commissionario col quale avevano interesse unicamente e specialmente di negoziare. Tale è stata la convenzione. I contratti sono quali son fatti dalle parti.

Ma in quell'altro caso, la cosa cambia di aspetto: il commissionario à fatto conoscere che vi sarebbe un incognito, il quale potrebbe essere abbracciato dall'obbligazione; egli si è riserbato d'introdurlo nella stessa obbligazione, ed i terzi ànno accettato tale condizione risolutiva. Laonde non si può in simil caso argomentare da' principî ammessi negli altri casi in cui i terzi, ributtando l'obbligazione del committente, si sono attenuti al nome del commissionario.

552. Ma cosa mai dovrà decidersi quando il commissionario dichiara di agire, non solamente *d'ordine e per conto di un terzo da nominare*, ma anche *per sè o per un terzo da nominare?*

Questa clausola presenta un'alternativa la cui estensione non impedisce di modificare in qualche modo le soluzioni che noi or ora abbiamo date. Il commissionario si è indubitatamente obbligato; ma non si è obbligato puramente e semplicemente: egli à apposto nel contratto una condiziona: egli à fatto sapere che potrebbe collocare nel suo luogo una persona da nominare. L'indicazione di questa persona scioglie l'alternativa, ne cancella la prima parte, e concentra l'obbligazione sulla seconda. Questa è pure l'opinione de' sigg. Delamarre e Lepoitevin (4). Rimanghiamo adunque, anche in tal caso, ne' principî del dritto civile in materia di commissione.

553. Ma è d'uopo allontanarsene quando noi, facendo un passo più innanzi, c'imbatteremo, non già nella clausola alternativa di sopra espressa, sì bene nella seguente clausola copulativa: *Io compro per me e per un terzo da nominare nel tale termine*; o pure: *Io prendo assicurazione per me e per una persona che farò conoscere in seguito.*

È vero che nel mio comento del contratto di *Vendita* ò detto che non bisogna distinguere questa locuzione dalla locuzione alternativa (5). Ma se si è esatto (come io credo) nel dire che in materia civile debba esserne sì fattamente, non si potrebbe abbracciare la stessa opinione nelle materie commerciali, in cui le garentie sono di stretto diritto, ed in cui il credito non ammetta interpetrazione tale da togliere alle parole il loro senso legittimo. Il commissionario si è obbligato personalmente per sè medesimo ed in suo proprio e particolar nome. E da ciò ch'egli si à aggiunta una persona da nominare non segue affatto che l'indicazione di questa persona possa cambiare in conto alcuno la sua condizione di obbligato personale. Il terzo con cui egli à contrattato à contato sopra una doppia garentia, e non bisogna menomarla di una metà.

E però gli autori italiani che si sono occupati di questa clausola, molto usitata ne' loro contratti di assicuranza massimamente a Genova, ànno insegnato che quando la polizza è distesa con la formola *pro se et pro persona nominanda sive eclaranda*, il palesamento non cambia affatto l'obbligazione contratta dall'assicurato in proprio nome. La persona posteriormente indicata non fa che associarsi al contratto, ne aumenta e nè accumula le garentie (6),

(1) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, ni 342, 343.

(2) *Rotae gen.*, decis. 14, ni 51, 52, 53.

(3) *Id.*, n° 53.

(4) T. 2, n° 349, combinato col n° 348. Per altro potrebbesi inferire da taluni passi di Casaregis che la formola: *per sè O per una persona da nominare*, non differisca da quest'altra: *per sè E per una persona da nominare*, di cui terremo discorso nel seguente numero. V. Casaregis, *disc.* 5, ni 1 a 67. Ma ciò potrebbe esser bene un *lapsus* per parte sua.

(5) T. 1, n° 75.

(6) « Quando etiam apparet clausula apposita PER SE, tunc declaratione secuta, tenetur quidem nominatus

ma non diminuisce quelle ch'esistevano da principio, e noo fa sciogliere il commissinoario dal contratto (1). Può osservarsi il discorso 5 di Casaregis, io cui un certo Viviani aveva presa assicuranza per sè e per una persona da nominare, e 'l discorso 10, in cui un certo Vosch aveva fatta un' assicurazione coo la medesima formola. L' autore fa notare la differeoza che esiste, nella giureprudenza, fra l' assicurazione presa semplicemente *per una persona da nominare* (2), e l'assicuraaza presa *per sè E per una persona da nominare* : egli insiste su di ciò che, in quest' ultimo caso, il palesamento non fa scomparire la persona del commissionario il quale seguita a rimaner ligato dal contratto.

554. Ci à un' altra formola propria alle assicurazioni fatte per effetto di commissione, e che è compresa nel nostro punto di veduta, quella cioè la quale è fatta dal commissionario *per sè e per conto di chi apparterrà* (per sè e per conto di chi spetta), o pure semplicemente *per conto di chi apparterrà* (è la formola di Marsiglia), ovvero affatto semplicemente *per conto di chicchessia* (è la formola di Bordò). Si fatte locuzioni sono tutte identiche (3): sono state escogitate per togliere agli assicuratori le eccezioni che non si astengono mai di fare sulla mancanza d' ioteresse oel rischio (4): ed ànno gli stessi effetti della formola *per sè e per una persona da nominare*. Io ooo vi scorgo, nella pratica, nessuna importante conseguenza (5) : e la ragione ne è che, nell' assicurazione, il palesameoto del oome di colui per conto del quale si agisce diventa indispensabile quando succede il siaistro, e ciò perchè sia ben pruovato che il commissionario non à fatto una scommessa sulle fortune di mare (6). Ora, questo forzato palesamento debbe necessariamente sortire gli stessi effetti del palesamento facoltativo che il commissionario si à riserbato nella formola *per sè e per una persona da nominare*. Si fatto palesameato forzato associa il committente al commissionario ; colloca due obbligati nel luogo d' un solo ; e non fa scomparire l'obbligazione persoosle del commissionario(7).

555. È poca cosa intaato l'aver esposti in grosso gli effetti delle mentovate clausole. Egli è ioteressante di seguirne l' applicazione negl' incidenti onde si svolge il contratto d'assicurazioe. Si vedrà in questa disamina la confermazione de' nostri principi e parecchie modificazioni volute da una pratica ben intesa.

Debbono essere distinte tre epoche, ove oon si voglia inconsideratamente far applicazione di regole l' uso delle quali è difficile e richiede riflessione.

La prima epoca è quella della formazione della polizza. Il commissionario si fa a domandare un' assicurazione per un commettente che à interesse di non essere nominato ; ei dichiara la sua qualità di commissionario, in conformità dell' art. 332 del Codice di commercio (323 LL. di eco.) ; e prende assicuranza in proprio oome e per conto di chi spetterà. È evidente che egli è personalmente obbligato verso l' assicuratore, il quale ignora il commettente che serba la parte d' *incognito*. L' assicuratore si è abbandonato alla fede del commissionario (8), ed à prestato fiducia alla costui persona e al costui credito. È adunque il commissionario quegli che, per una oecessaria finzione, è considerato assicorato, in qoesto seaso ch' ei si obbliga di eseguire personalmente le condizioni del contratto (9).

556. Per conseguenza, il commissionario è tenuto di pagare direttamente il premio verso gli assicuratori (10); egli è tenuto di rispondere pel vero assicurato in tutte le discussioni che gli assicuratori possono elevare sulle basi dell' assicurazione ; il suo domicilio è quello che determina la competenza in tutto ciò che à riguardo alle azioni relative alla realtà del rischio, dell' interesse che può essere assicurato, ecc., ecc.; ed ei ooo può rimandare gli assicuratori a litigare coo l' ioteressato in regioni spesso lontane. Se il suo mandante lo à lasciato portatore della polizza, e se come portatore della polizza ei faccia l' abbandono (11), sarà obbligato di render conto degli effetti salvati, perciocchè questa è un'obbligazione che deriva dall' abbandono (12). Sotto tutti tali rapporti,

» quoties ratum habuerit nominationem, ad omnia onera contractus ; sed oihilominus persona contrahens pro se » *cumulative remanebit obligationis vinculo innodato, duosque insimul debendi reos*, in *hoc casu*, altera pars, sub « eadem acquirit *actione*. » (Ansaldo, *disc*. 12, n° 9.)

(1) « *Non admittimus quod facta nominatione stipulator seu contrahens exeat a contractu qui erat in eo ra-* » *dicatus ab initio . . . . . sed persona accumulatur ipsi contractui*. » (Casaregis, *disc*. 5, n¹ 26, 67.) — *Junge* Emerigon, t. 1, p. 326, ed i sigg. Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 349.

(2) *Disc*. 5, n¹ 66 a 67. — *Supra*, n¹ 549, 550, 551.

(3) Casaregis, *disc*. 4 ; *disc*. 5, n° 10 ; *disc*. 173, n° 22. — Emerigoo, t. 1, p. 320. — Valin, p. 32, 34.

(4) Casaregis, *disc*. 174, n¹ 22, 23.

(5) Quelle che sono indicate da Casaregis, *disc*. 5, n° 2, sooo vane, se si vuole aver riguardo al n° 4.

(6) *Infra*, n¹ 559, 560.

(7) *Infra*, n° 564.

(8) Emerigon, t. 1. p. 324, 134, 137. — Delamarre e Lepoitevin, t. 2. n° 267.

(9) Aix, 17 luglio 1829. (Devill , 9, 2, 303.) — Bordò, 6 aprile 1830. (Devill, 9, 2, 128.)

(10) Pothier, *Assicurazioni*, n° 98. — Valin, t. 2, p. 32. — Emerigon, t. 1, p. 139.

(11) Emerigon, t. 1, p. 140.

(12) *Id*.

sarà egli considerato e trattato come vero assicurato. La giustizia, l'equità, ed il credito esigono a questo modo.

557. Ma sarà forse risponsabile del dolo del commettente? Si sa che quando l'assicurato conosce la mancanza di pericolo nel tempo dell'assicurazione, sì fatta assicurazione è nulla, e che l'assicorato è passibile d'un doppio premio a vantaggio degli assicuratori. E bene! si è elevata la questione di sapere se il commissionario di buona fede, il quale à fatta, in suo nome e per conto altrui, una tale assicurazione così tocca di nullità, debba la doppia prima d'assicuranza. I giureconsulti convengono nel riconoscere che il doppio premio e le altre mercedi non sieno dovute se non se da quello solamente che è colpevole del dolo: *Poenae suos teneant auctores* (1).

558. Ecco quanto risguarda la prima epoca.

Veniamo alla seconda epoca, a quella in cui succede il sinistro.

Il contratto d'assicurazione è un contratto condizionale, in questo senso che gli assicuratori sono obbligati ad indennizzare l'assicurato ove avvenga il sinistro (2). Gli assicuratori debbono adunque sapere, pria di pagare, se si è verificata la condizione.

Ciò non è tutto: pruovato il sinistro, non si ottiene il pagamento se non quando gli assicuratori sono stati nel caso di verificare se l'assicurazione per conto altrui è stata o pur no un giuoco, una scommessa.

Quivi principia un ordine di fatti il quale richiede una seria attenzione.

559. Nelle consuete operazioni commerciali il commissionario è in diritto di celare sino al termine il nome del suo mandante. I terzi che ànno negoziato con lui ànno la sua personale garentia e non possono pretendere niuna cosa di più (3).

Nel contratto di assicurazione non ne è mica lo stesso (4). L'assicuratore può costringere il commissionario, quando è avvenuto il sinistro, a nominare il suo commettente. È questa una derogazione al diritto comune, la quale è voluta dalla natura del contratto di assicurazione. Non si potrebbe ripetere davantaggio: l'assicuranza è senza dubbio un contratto aleatorio, ma non è affatto un giuoco od una scommessa. Ora, se il commissionario potesse tacere il nome del commettente, riescirebbe cosa agevole il far degenerare l'assicurazione in illecite scommesse. Per esempio: Pietro negoziante di Bordò, sapendo che un naviglio è partito d'America, prenderebbe un' assicuranza in detta città per quel vascello di cui non è egli proprietario, e senza l'ordine del vero proprietario. Se il naviglio giungesse a buon porto, ei sarebbe libero dall'obbligazione di pagare la prima; ma se perisse, avrebbe una grossa somma per prezzo del giuoco che à fatto. Ciò sarebbe un giuoco su di una fortuna di mare, e non sarebbe al certo un' assicurazione (5).

560. Segue da ciò che il commissionario deve necessariamente, quando avviene il sinistro, rivelare l'ordine che à ricevuto e nominare il vero proprietario. Se nel principio la sicurezza delle transazioni à permesso una momentanea dissimulazione, ora un interesse non meno grande richiede che tutto sia fatto apertamente. Da ora in poi le finzioni non possono essere più ammesse; bisogna rientrare nella verità e far cadere i veli (6). Deve comparire il vero assicurato, ed è finita per l'avvenire la parte dell'assicurato per conto altrui.

561. Il Codice di commercio contiene molti testi che presuppongono la rigorosa necessità del suddetto palesamento: l'articolo 332 (323 LL. di ecc.), il quale prescrive che il commissionario dichiari la sua qualità perchè facesse in seguito intervenire il mandante; l'articolo 351 (343 LL. di ecc.), il quale, esonerando l'assicuratore dai danni che derivano dal fatto dell'assicurato, intende per conseguenza che quest' assicurato sia conosciuto una volta; l'articolo 379 (371 LL. di ecc.), il quale, sospendendo il pagamento dovuto dagli assicuratori finchè l'assicurato non abbia dichiarato le assicurazioni fatte ed il danaro preso a cambio marittimo, significa con ciò la volontà di conoscere qual sia il vero assicurato per verificare i suoi atti; in fine l'articolo 382 (374 LL. di ecc.), il quale accorda agli assicuratori una dilazione di mesi tre per lo pagamento del danno, perchè suppone che gli assicuratori avranno bisogno di assoggettare a severe informazioni la condotta dello stesso assicurato.

Laonde l'assicurato non debb' essere innominato; ed affinchè quel palesamento corrisponda ai giusti bisogni degli assicuratori, il commissionario deve stabilire due cose, ove non voglia far supporre scommesse sulle fortune di mare:

562. 1° È d'uopo ch'ei pruovi d'avere un mandato, un ordine espresso o virtuale (7) di prendere l'assicurazione (8), od almeno d'essere

(1) Emerigon, t. 2, p. 148. Il quale cita Valin, Pothier, Casaregis, ecc., ecc. — *Junge* Estrangin, p. 468. — Cassazione, camera civile, 8 maggio 1844. (Dal, 44, 1, 238, 239.) (Devill., 44, 1, 586.)
(2) Emerigon, t. 2, p. 350.
(3) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 269.
(4) *Id.*, n° 270.
(5) Casaregis, *disc.* 173.
(6) Vincens, l. 3, p. 213. — Casaregis, *disc.* 5, n° 57. — Estrangin, *loc. cit.*, contro Emerigon.
(7) Sul mandato virtuale per far assicorare, v. *infra*, n° 625.
(8) Casaregis, *disc.* 173. Ci à una formale decisione della Rota.

stata la sua spontanea operazione ratificata dal suo corrispondente in tempo utile (1). Imperciocchè non è valida un'assicurazione fatta, *proprio motu*, da chi non è interessato, e non ratificata in tempo opportuno dal vero proprietario. Non può venire assicurata la cosa altrui senza che l'assicurazione degeneri in giuoco (2).

2° Rapportato l'ordine, conviene inoltre pruovare che quegli il quale lo à dato era proprietario della cosa, o pure che vi avea un interesse capace d'essere assicurato (3). Sì fatta giustificazione non è meno essenziale della precedente a fin di purgare l'assicurazione da ogni elemento di scommessa sulle fortune di mare.

563. Ora, cosa mai risulta da ciò? Che fin dal momento in cui è stato palesato il committente ed è stato prodotto il mandato, non si può più dire che il commissionario continua, per l'avvenire, ad essere assicurato. No! La verità à preso il posto della finzione. Il velo dell'*incognito* non sta più per dissimulare la persona per conto di cui si è agito. Questa è effettivamente soggetta agli effetti della polizza, e può direttamente tradurre in giudizio gli assicuratori: « *Quando*, dice Casaregis (4), *stipulatum* « *est per conto di chi spetta, omnes interesse* « *habentes, licet non exclarati, possunt actio-* « *nem intentare contra asseeuratores uti in* « *contractu nominati; eo ipso quod ostende-* « *rint spectantiam risici seu interesse in mer-* « *cibus asseeuratis* (5). » Questa lingua è barbara, ma è energica ed espressiva. Non appena il vero assicurato à palesato il suo interesse, tutto vien riunito in lui per l'avvenire: egli ecclissa il commissionario.

564. Per altro non intendiamo dire che tale appalesamento liberi il commissionario per lo passato: ciò sarebbe un grand'errore. Tutte le obbligazioni che con la polizza ed al tempo della polizza à contratte continuano a gravitare sopra di lui: ed all'uopo, ei rimane obbligato unitamente al vero assicurato, il quale, mercè il suo palesamento, *accumulatur ipsi contractui* (6): e però, come dice Valin, ei debbe sempre la prima (7); è sempre garante delle obbligazioni accettate con la polizza; l'assicuratore si è abbandonato alla sua fede; questi lo à compreso nel contratto: rimangono adunque intatte tutte le obbligazioni che da questo stesso contratto son riferibili al passato.

565. Ma, per le nuove obbligazioni che nasceranno nell'avvenire, il palesamento della persona per conto di cui si è agito apre un'altra serie di rapporti. Il mandato del commissionario è esaurito per effetto del compimento dell'affare: *peracto negotio, finitur officium* (8). Il commissionario à consegnato tutt'i documenti agli assicuratori, à loro indicato quello cui debbono escutere, e li à posti in relazione con costui perchè lo rinvoltino con le loro investigazioni. Tutto è stato esaminato, sia amichevolmente, sia dinanzi ai tribunali. L'approvazione degli assicuratori, ovvero il giudicato che ne fa le veci, à stabilito ogni cosa. Che rimane adunque a fare pel commissionario? Nulla, ed io ripeto, il suo mandato è estinto da ora in poi.

566. Ciò ci mena alla terza epoca, a quella del pagamento dell'indennità.

Ne abbiamo già fatta l'osservazione: a questa fase dell'assicurazione, gli assicuratori conoscono il vero assicurato; costui è compreso in suo nome nell'affare; ed il commissionario, scomparso per l'avvenire, *functus est officio*. Rimane a farsi una sola cosa dagli assicuratori che son provveduti di tutt'i documenti, quella cioè di pagare.

A chi mai son essi obbligati di fare il pagamento? Chi è il vero creditore, che abbia il diritto di riceverlo?

Qui si presenta una notabile differenza fra il commissionario in materia ordinaria ed il commissionario di assicurazioni.

567. Allor quando un commissionario à negoziato in suo nome, per conto d'altri, egli solo à il diritto di riscuotere la somma (9). Pietro, commissionario, mi vende, per conto d'altri, dieci botti di vino di Médoc. Egli solo avrà il diritto di esigere il prezzo. Se io ò compensazioni a fare seco lui, potrò opporgliele (10). Poco importa il suo mandante: io non lo conosco: e tutto ciò che può venir fatto da costui si è di esercitare le azioni che competono al suo commissionario.

568. Ma in fatto di assicurazioni ed al punto in cui siamo pervenuti, la cosa cambia interamente d'aspetto. Il solo vero assicurato à il diritto di riscuotere l'indennità del sinistro; il commissionario è privo di qualità, eccetto se sia portatore della polizza. Ma in tal caso non è già che esige come colui che à preso l'as-

(1) *Rebus integris*, dice Casaregis, *disc.* 173, n° 31. — *Infra*, n° 620, un esempio.
(2) *Id.*, e *disc.* 5, n° 72.
(3) Casaregis, *disc.* 5, n° 57. — Baldasseroni, t. 1, p. 204.
(4) *Disc.* 3, n° 2.
(5) *Junge* Emerigon, t. 1, p. 321.
(6) *Supra*, n° 553.
(7) T. 2, p. 33.
(8) *Infra*, n° 760.
(9) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 269.
(10) Casaregis, *disc.* 76, n° 2. — *Supra*, n° 524.

sicurazione in suo nome, si bene qual portatore della polizza, nello stesso modo che farebbe ogni altra persona inanimata.

569. Se si opponesse che il commissionario viene assicurato in suo nome nella polizza, e che perciò gli assicuratori si sono obbligati di pagare a lui l'indennità del sinistro, in contraccambio di ciò ch' egli si è obbligato di pagare ad essi la prima di assicuranza: si risponderebbe che una tale obbiezione deriva da una spiacevole confusione. Fra la polizza ed il pagamento è intervenuto un grave e notabile fatto, proprio al contratto di assicurazioni, ed inusitato nelle altre negoziazioni; val dire il forzato palesamento del mandante, e l' esibizione della procura per effetto d' una insuperabile necessità la quale, per così dire, è di ordine pubblico. Ne' patti che noi dianzi esaminavamo (1): *per sè e per una persona da nominare*, il commissionario previene che nominerà qualcuno; ma egli non è mica tenuto per questa nomina, la quale à facoltativa. Qui, per l'opposto, essa è obbligatoria nell' interesse degli assicuratori; il commissionario à dovuto farla in caso di sinistro; gli assicuratori ànno dovuto contarvi; essi lo ànno preteso; l'ànno voluto; ed essa è stata fatta a loro istanza. Questo adunque è il caso di applicare in tal momento, ma pel solo tempo avvenire, le osservazioni che facemmo al n° 551. Quel fatto del palesamento della persona per conto di cui si è agito à modificato lo stato delle cose. Il commissionario à dovuto da allora in poi scomparire per i posteriori avvenimenti; il mandante è divenuto il proprietario ostensibile dell' affare, e compete a costui l' azione diretta, come abbiamo osservato in fine del n° 563.

570. Si è per ciò che gli assicuratori, se volessero effettuare personali compensazioni col commissionario, ed estinguere con tal mezzo di diritto debiti stranieri alla polizza d' assicuranza, non vi sarebbero fondati; imperciocchè il vero assicurato non deve affatto soffrire diminuzioni di tal natura. Egli solo è creditore, e non si può opporgli compensazione alcuna, se non quando essa sia per suo debito diretto. A questo modo è stato costantemente giudicato, tanto dai tribunali di commercio, quanto dai più esperti arbitri nelle città di Bordò, Marsiglia, ecc. Io ò lette molte decisioni di tal natura. Il buon senso richiede che ne sia sì fattamente. L' indennità deve cedere a favore di colui il quale à realmente sofferto il danno, non già in pro di quello ch' è stato assicurato per un momento solamente con una finzione distrutta per l' avvenire.

571. Laonde il vero assicurato à il diritto di esigere; e gli assicuratori non debbono pagare se non se a lui, ovvero a quello che, per lui, è portatore della polizza. Avviene spesse fiate che il commissionario rimane possessore della polizza: ed in tal caso i pagamenti che gli son fatti non sono legittimi per la sua qualità di commissionario assicurato per conto altrui, ma in vece per quella di portatore della polizza.

572. In fatti, la polizza di assicurazione è una carta negoziabile (2), ed è pagabile al portatore (3). Chiunque è portatore della polizza à il diritto di riscuotere la somma, e si presume esserne egli proprietario dietro legittima cessione del vero assicurato, e proprietario in modo che, da allora innanzi, non si può far pagamento se non se a lui, e per nulla all' assicurato ovvero ai suoi creditori (4). Segue da ciò che il pagamento vien fatto alla polizza, per così dire, e non si paga se non sulla sua esibizione.

573. Ciò posto, supponghiamo che il commissionario il quale à fatta l' assicurazione si sia presentato, provveduto della polizza, per esigere il valsente dell' indennità. È forse come assicurato originario e per una virtuale conseguenza di sì fatta qualità ch' egli riceve l' indennità, compimento dell' operazione? Per nulla: egli è pagato come portatore della polizza, la quale è una carta negoziabile ed è pagabile al portatore. Se egli non avesse avuta la polizza in suo potere, gli assicuratori non l' avrebbero pagato; ed il commissionario avrebbe inutilmente invocata la sua qualità di originario assicurato fittizio. Gli assicuratori sarebbero stati inflessibili, e tali avrebbero dovuto essere.

574. Le regole fin qui mentovate sono della più alta importanza. La loro utilità diviene evidente soprattutto quando il vero assicurato à ingannato il suo commissionario e gli assicuratori con la supposizione di un mentito rischio (5), siccome ne ò veduto vari esempî. Se la frode à stata ben fatta, e gli assicuratori, vittime di una sorpresa, pagano al commissionario di buona fede ch' è portatore della polizza la somma totale della indennità, gli assicuratori potranno essi agire contro di lui a fin di ottenere la restituzione di ciò che à ricevuto per una assicurazione sfornita di alimento? Questo fatto si è presentato due volte alla mia conoscenza, e due volte gli assicuratori sono rimasti soccumbenti.

575. In una di queste cause, nella quale io funzionava da relatore (6), io diceva, dopo aver ricordati i principi che determinano l' uf-

(1) *Supra*, n° 553.
(2) Emerigon, t. 2, p. 250, 251.
(3) *Id.*, t. 2, p. 249. — Valin, t. 2, p. 43.
(4) Emerigon, t. 2, p. 249, 250.
(5) *Infra*, n° 595, 580, 585.
(6) Udienza della camera de' ricorsi del 23 febbrajo 1842. — V. *Infra*, n° 585, l' esposizione de' fatti.

ficio del commissionario: « I fratelli Foussat « di Bordò senza dubbio ànno fatta in sul « principio un' assicuranza *per conto di chic « chessia*; senza dubbio ànno pure riscossa la « somma totale dell' indennità che pareva do- « vuta al vero assicurato Gassint: senza dubbio « in fine non era dovuta una tale indennità, « perciocchè Gassiot, con una frode tanto ar- « dita per quanto sottile, à supposto fallace- « mente l'esistenza del naviglio e della fortuna « di mare.

« Ma forse deve dirsi per ciò che i fratelli « Foussat, i quali àn dato conto dell' indennità « al loro corrispondente, debbono restituirla? « Si pretende forse trattarli nello stesso modo « del commissionario per conto altrui dell' art. « 91 del Codice di commercio (87 LL. di ecc.)? « Cosa mai viene ad essi rimproverato? Secon- « do un' osservazione di Emerigon, presumen- « dosi proprietario legittimo della polizza ogni « suo portatore, i fratelli Foussat ànno esat- « to, giusta questa legale presunzione, non co- « me commissionari per conto altrui, si bene « come proprietari della polizza. Ora, che si à « mai a pretendere da loro? Quando una carta « è pagabile al portatore, si può forse, dopo « effettuato il pagamento, agir contro coloro « che lo ànno ricevuto? Non è forse una moneta « corrente alla quale non può tenersi dietro? « Poteva senza dubbio farsi obbiezioni prima del « pagamento, ed opporre compensazioni contro « la persona dell' assicurato: ciò è permesso « in questa materia, ed è speciale alle polizze « di assicurazioni, ad onta della loro qualità « di carte pagabili al portatore (1). Ma, essen- « do effettuato il pagamento al portatore di « buona fede, vi à mai un regresso quale che « fosse contro di lui? non può egli dire: *Meum « recepi?*

« I fratelli Foussat sono adunque inattacca- « bili come portatori della polizza.

576. « Eglino, in verità, confessano di es- « sere i mandatari di Gassiot, non già i veri « proprietari della polizza; ma aggiungono im- « mediatamente di averne dato conto a Gassint, « ed un tale fatto non è mica impugnato. Si « può mai rivolgere contro di loro la suddetta « confessione, scindendola? Si à forse il di- « ritto di dire ad essi: Voi siete, non già sem- « plici ed ordinari mandatari, ma siete eziandio « commissionari per conto di altri, ed avete « impegnato verso i terzi il vostro credito per- « sonale? No! Imperciocchè potrebbero rispon- « dere: « Noi abbiamo assunta una tale qua- « lità nel momento del pagamento; o accet- « tate la qualità ostensibile che ci siamo da- « ta, quella cioè di portatori proprietari della « polizza; ovvero accettate la qualità di sem- « plici mandatari che rimaneva celata sotto di « essa: nel primo caso, non vi compete azione « contro di noi; nel secondo caso, noi siamo « *nudi ministri*, non risponsabili riguardo a « voi. »

577. « Gli assicuratori si lagneranno forse « della condizione in cui li collocano i suddetti « principi? Diranno essi che la legge, inter- « pretata a questo modo, offre ad essi una « condizione troppo dura concedendo loro per « l'esercizio del regresso una persona lontana e « sconosciuta, la quale può aver teso ad essi « qualche laccio?

« La legge, per l'opposto, à prese tutte le « precauzioni per proteggere gli assicuratori, « ed osservatene, in fatti, l' economia.

« L' articolo 384 del Codice di commercio « (376 LL. di ecc.) autorizza l' assicuratore « a fare la pruova contraria de' fatti stabiliti ne- « gli attestati. L'assicuratore à il diritto di cen- « surare ogni cosa, e di tutto verificare: lo « stesso articolo gli permette ancora un paga- « mento provvisorio, mediante cauzione (2). « Per poco che gli assicuratori abbiano dubbî, « non mancano di abbracciare questo mezzo « preservativo: è desso un provvedimento con- « tro gli sbagli ne' quali potrebbero trascinar- « li le frodi di corrispondenti stranieri. Per « effetto di questo provvedimento della legge, « essi ànno quattro anni per tutelare i loro in- « teressi (art. 384 (376 LL. di ecc.)), e « quattro anni sono sufficienti, se sono vigilan- « ti, a penetrare nel fondo degli accidenti più « strani e più dolosi.

578. « Ma quando pagano paramente e sem- « plicemente ànno essi il diritto d' incolparne « anzi gli altri che loro stessi? Sarebbe mai « conforme all' equità soprattutto il rivolge- « re la risponsabilità sul portatore della poliz- « za in buona fede? Debbono essi trovar catti- « va che quest' ultimo abbia conteggiato con lo « assicurato, e gli abbia trasmessi i fondi per lo « stesso obbietto pel quale avevali ricevuti? Se « gli assicuratori avessero fatto un pagamento « provvisorio, il portatore della polizza avrebbe « pagate le somme anche provvisoriamente al « suo corrispondente: ma egli le à ricevute sen- « za protesta e senza riserba, e però le trasmet- « te nello stesso modo all' assicurato; ed ei se- « gue la legge che gli assicuratori ànno impu- « sta al pagamento. Bisognerebbe adunque che « il portatore, a fin di premunirsi contro un re- « gresso eventuale, conservasse le somme pres- « so di sè, senza renderne conto, finchè non fos- « se acquistata la prescrizione? È egli ammissi- « bile un sistema di tal natura? Si può mai con-

(1) Emerigon, t. 2, p. 250.
(2) Pothier, *Assicurazioni*, n° 161. — Emerigon, t. 2, p. 303.

« prendere un caso il quale tolga al commissionario l' obbligo di render conto al suo mandante?

579. « In riassunto adunque, dicevo sempre « nel mio rapporto, ne' luoghi ond' io attingo « questa teoria di diritto, che, del rimanente, era « solamente un episodio della causa, in riassunto, « non è affatto possibile di supporre che il commissionario abbia a correr rischio di soffrire « qualche risponsabilità per lo ricevimento dell' indennità. È finita la finzione che lo dichiarava assicurato; il ministero ond' egli agiva à dato luogo a nuovi rapporti; è intervenuto un altro ordine di fatti; egli non si mostra più qual commissionario *per conto d' altri*, giacchè questa parte è finita; egli apparisce soltanto come portatore d' un titolo negoziabile e pagabile al portatore, d' un titolo « cioè che lo investe d' una qualità affatto diversa: per modo che egli argomenterebbe in « vano dalla sua qualità di commissionario, fattore dell' assicurazione, per riscuotere la « somma totale dell' indennità. Senza aver la « polizza in mano, nessun pagamento può reclamare. Quindi, se questa sola qualità di portatore della polizza gli à procurato il vantaggio del pagamento, sarebbe mai giusto di trarre argomento dalla sua qualità di originario « commissionario per costituirsi un mezzo di « costringerlo personalmente? »

580. Queste idee sono state compiutamente sanzionate con un arresto pronunziato dalla Corte d' Aix nel 10 giugno 1842 (1), contro del quale vanamente si è prodotto ricorso in cassazione; imperciocchè è stato rigettato il gravame con arresto della camera de' ricorsi profferito nel 12 marzo 1844 (2). Il rapporto da cui ò tratti gli argomenti fin qui osservati, era stato da una delle parti interessate allegato all' udienza della camera de' ricorsi del 23 febbrajo 1842, e fu prodotto alla Corte d' Aix. È manifesto che questa Corte ne à interamente adottata la teoria.

Debbo dire qualche parola intorno ai fatti sui quali poggia l' arresto della Corte d' Aix.

Pinatelli-Raoul, d'ordine de' fratelli Podestà di Bastia, fece assicurare, *per conto di chi apparterrà*, sul corpo e sul carico del naviglio la *Medelis*, la somma di 30000 franchi, per un viaggio da Ajaccio a Marsiglia.

Con una seconda polizza del 6 febbrajo 1839 (e la prima era del 24 gennajo), lo stesso Pinatelli-Raoul, d' ordine de' fratelli Podestà, fece assicurare, per conto di Zulezzi, la somma di 5500 franchi sui carichi dello stesso naviglio e pel medesimo viaggio.

Succede un naufragio: avviene l'abbandono; e, dopo tutte le giustificazioni volute dagli assicuratori, costoro pagano a Pinatelli-Raoul l' indennità del sinistro. È necessario notare che amendue le polizze di assicurazione contenevano che verrebbe pagata l' indennità all' assicurato ovvero al portatore della polizza. Pinatelli erane portatore. Egli trasmette i fondi ai fratelli Podestà, ed i fratelli Podestà ne fanno ragione a Zulezzi per conto di cui era stata fatta l'assicurazione.

Dopo qualche tempo, un procedimento criminale, tenuto dinanzi la Corte d'assise di Bastia, fece conoscere che il naviglio la *Medelis* era perito per effetto d' una frode del padron di barca in complicità con lo stesso Zulezzi. Allora gli assicuratori si affrettarono di sperimentare una azione contro Pinatelli-Raoul a fine di farsi restituire le somme indebitamente pagate. Si comprende bene qual fosse il sistema di Pinatelli-Raoul. Risponde questi: « Io ò riscosso la somma qual portatore della polizza, ed ò pagata « la somma ricevuta a chi di diritto. » Intervennero i fratelli Podestà per difendere il fatto e la causa di lui, e sostennero, con le stesse ragioni, l' inammissibilità della domanda avanzata dagli assicuratari.

I quali, condannati in prima istanza, sul motivo che Pinatelli-Raoul aveva negoziato egli solo in proprio nome, appellarono alla Corte di Aix; e quì, dopo un' interessante discussione nella quale ognuna delle parti dedusse con la maggiore energia le ragioni della sua causa, fu invalidata la sentenza de' primi giudici col notabilissimo arresto del 10 giugno 1842, ch' io di sopra ò mentovato. Quest' arresto contiene i veri principi della materia, e debb' essere consultato siccome uno de' più gravi monumenti della giurisprudenza sopra tale materia.

581. Farò quivi osservare che le note inserite nella raccolta di Devillencuve sull' arresto del 12 marzo 1844 (3) non sembrano fissare con molta esattezza il senso di questa importante decisione. Crede imprima l' autore che, sin che si consulti la giurisprudenza, sin che si consulti gli autori, non ci abbia unanimità nella soluzione della quistione di conoscere se il commissionario che fa l' assicurazione *per conto d' altri* venga reputato vero assicurato. Ma, distinguendo, come ò fatto io e come à fatto con molta giustezza la Corte reale d' Aix, i diversi periodi dell' assicuranza, scompariscono le contraddizioni e tutto resta conciliato.

582. L'autore crede inoltre che la non risponsabilità del commissionario à potuto derivare da ciò, nel caso giudicato ad Aix, che gli assicuratori avevano saputo mediante una delle polizze come l' assicurazione fatta dal commis-

(1) Devill., 42, 2, 534. — Dal., 43 2, 78.
(2) Devill., 44, 1. 294. — Dal., 44, 1, 257.
(3) 44, 1, 294 e 386.

sionario fosse per conto del committente Zulezzi, e come fin da tale momento l'indicazione di questo committente, nel tempo della formazione del contratto, avesse potuto far considerare il commissionario qual semplice mandatario. Niente di ciò: si fatto palesamento nel momento del contratto è vano (1). Giusta disopra abbiamo esposto, ai n[i] 545 e segg., poco importa che il commissionario che agisce in suo nome designi il suo committente. La sola sua fede è stata seguita, non già quella del suo committente, il quale è straniero ed è senza credito conosciuto (2).

Il gran motivo che à determinato la Corte di Aix ad escludere la risponsabilità è che, in quel periodo dell'assicurazione il quale segue il sinistro, il commissionario à cambiato di ufficio, e che egli, per effetto del forzato palesamento del suo mandante, non à potuto ricevere l'indennità se non come semplice mandatario ovvero come portatore della polizza.

Tale è il senso dell'arresto d'Aix: non bisogna per nulla menomarlo.

583. La raccolta di Dallos fa un'altra osservazione (3). Essa stabilisce primieramente la generalità della teoria della Corte d'Aix, teoria secondo la quale l'assicuratore e 'l vero assicurato si trovano direttamente in relazione, per modo che il commissionario non può giammai esigere se non se come semplice mandatario dell'assicurato. Essa trova troppo assoluta una tale teoria, ed osserva che l'arresto di rigetto della camera de' ricorsi non vada mica sì lungi.

La Corte di cassazione debbe usare molta prudenza e circospezione. Essa à per massima di limitarsi sempre ai casi particolari, e di evitare le soluzioni che con la loro generalità potrebbero impacciare l'avvenire.

Ivi, ci erano fatti dichiarati certi, dai quali derivava che il commissionario avera agito come semplice mandatario. La camera de' ricorsi vi à atteso. Ma, rimanendo in questo limitato orizzonte, non à detto veruna cosa la quale potesse scuotere la teoria ammessa dalla Corte d'Aix; tanto più che questa Corte non à dato ai fatti l'aspetto accettato dalla Corte di cassazione se non se per conseguenza de' principi di diritto che essa à avuto cura di sviluppare innanzi tutto su d'una materia tanto completa quanto vera.

584. È egli poi vero che la tesi della Corte d'Aix sia troppo assoluta? La raccolta di Dalloz avrebbe al certo dovuto esprimere perchè essa oltrepassi i giusti limiti: soprattutto avrebbe dovuto spiegare io qual modo sia possibile al commissionario di esigere diversamente che come portatore della polizza; imperciocchè tutto sta in questo nodo della questione.

585. È vero che la raccolta di Dalloz, per pruovare la sua proposizione, cita un arresto della camera civile dell'8 maggio 1844 (4), il quale à seguitato assai strettamente l'arresto della camera de' ricorsi del 12 marzo 1844. Ma quest'arresto non mi pare sia giustamente valutato dall'annotatore.

Gassiot, dimorante in America, aveva finto l'esistenza del naviglio il *Leonida* e del suo carico; e, ingannando la buona fede de' fratelli Foussat di lui corrispondenti di Bordò, aveva incaricati costoro di prendere un' assicurazione per questa imaginaria proprietà.

Il che era stato fatto. I fratelli Foussat avevano assicurato, presso la compagnia di assicurazioni marittime, il *Leonida* e 'l suo carico, per *conto di chicchessia*.

In seguito, Gassiot aveva finto il sinistro che doveva essere il compimento del suo inganno. Erano state spedite carte false ai fratelli Foussat. La compagnia, ingannata al pari di essi dall'esibizione di quelli atti, aveva prestato fede alla realtà del naufragio e della perdita, ed aveva pagato ai fratelli Foussat ch'erano portatori della polizza.

Dopo più di cinque anni fu scoverta la frode. La compagnia di assicurazioni chiamò in giudizio i fratelli Foussat per la restituzione della somma.

La Corte reale di Bordò, con arresto del 3 agosto 1840 (5), rigettò sì fatta pretensione; ed ecco il suo ragionamento:

O voi pretendete che i fratelli Foussat sieno commissionari *per conto altrui*, tenuti personalmente come assicurati, e la vostra azione è prescritta, ai termini dell'art. 432 del Codice di commercio (424 LL. di ecc.), il quale estingue al finire i cinque anni le azioni derivanti dal contratto di assicurazione;

O voi vi riportate al diritto comune ed invocate la prescrizione di trenta anni, ed in tal caso, secondo il diritto comune, i fratelli Foussat sono semplici mandatari, e non sono affatto personalmente obbligati.

Ricorso. Io, relatore della causa alla camera de' ricorsi, ricordava i principi che disopra è

(1) Emerigon, t. 1, p. 138.

(2) Al n° 586 noi vedremo come la raccolta di Dalloz dia al suddetto arresto un altro motivo, quello cioè che il fatto sul quale era fondata l'azione degli assicuratori era un fatto di frode *posteriore* al contratto, e per conseguenza straniero al commissionario. Un tale motivo è difettoso ancor più di quello della raccolta di Devilleneuve.

(3) 44, 1, 237.

(4) 44, 1, 238, 239. — Devill., 44, 1, 386.

(5) Devill., 41, 2, 326.

esposti (1), principî, del rimanente, che la Corte reale di Bordò non aveva nè ammessi nè oppugnati, poichè aveva troncata la questione con una doppia alternativa i due capi della quale le sembravano contenere la condanna degli assicuratori. Poscia io giungeva alla prescrizione, e mostrava che la Corte reale di Bordò erasi collocata in una posizione inespugnabile col dilemma opposto agli assicuratori.

Nulladimeno si elevarono de' dubbi nello spirito della Corte sul punto di partenza della prescrizione quinquennale; taluni stimarono degna di meditazioni della camera civile la teoria che io loro sottometteva sull' ufficio del commissionario *per conto altrui*, teoria nuova per la Corte che non ancora aveva ricevuta la confermazione da verun arresto da essa profferito.

Fu pronunziata l' ammissione. Per me era certo che un rigetto avrebbe dato termine alla caosa, quando questa sarebbe esaminata contradditoriamente. Il che non mancò di verificarsi.

L' arresto fu renduto a rapporto del signor Thil e sulle conclusioni del signor Pascalis. Esso discute la parte del dilemma con la quale la Corte reale, accettando i fratelli Foussat come assicurati, li libera con la prescrizione; e riconosce che l' azione diretta contro di essi deriva, secondo la stessa pretensione degli attori, dal contratto di assicurazione, e per conseguenza è estinta con la prescrizione, la quale à principiato a correre, quantunque la frode del commetteote (cagione della ripetizione) sia stata scoverta in seguito.

Ben si ravvisa che la Corte di cassazione à preso le cose come le aveva fatte la Corte reale di Bordò. Essa del pari che quest' istessa Corte reale non à espressamente deciso che i fratelli Foussat erano tenuti personalmente; altro non à fatto che ammettere, a modo di supposizione, ch' essi erano risponsabili personalmente, ad oggetto di decider poi con la Corte reale, che anche in questa ipotesi essi erano al sicuro: in somma, l' aspetto della quistione non è stato affatto cambiato; è stato sino al termine ciò che era nel principio; ed è conservato sino all' ultimo punto della causa un certo che di quel dilemma cornuto che la Corte reale aveva opposto agli assicuratori.

586. Ecco ora l' idea che la raccolta di Dalloz dà di quest' arresto paragonato all' altro arresto della Camera de' ricorsi del 12 marzo 1844. In quest' ultimo arresto, essa dice, il commissionario è stato dichiarato non risponsabile, perciocchè il fatto sul quale appoggiavasi la domanda di ripetizione dell' indebito, val dire la frode del padron di barca, era *posteriore* alla formazione della polizza, ed era *straniero* a tal contratto. Per l' opposto, nell' arresto della Camera civile, l' origine del danno sofferto dagli assicuratori derivava dalla stessa *formazione* del contratto di assicurazione, il quale trovavasi *ab origine* tocco da simulazione per effetto del dolo commesso dal vero assicurato. Il perchè la Camera civile à dichiarata risponsabile il commissionario, e questi avrebbe dovuto esser condannato senza la prescrizione.

Da ciò, la raccolta deduce questa conchiusione che ad essa sembra epilogare la giureprudenza: che non sia d' uopo riguardare se colui il quale à ricevuto i fondi abbia agito in qualità di commissionario ovvero in qualità di semplice mandatario; ma debb' essere dilucidato un solo punto. L' azione deriva essa dallo stesso contratto di assicurazione, o pure da un fatto posteriore? Se dal contratto di assicurazione, il commissionario è sempre risponsabile, sia che abbia agito come semplice mandatario, sia che abbia agito in qualità di commissionario. Se, per l'opposto, l' azione deriva da un fatto posteriore, egli è sempre non risponsabile, ed in questo caso similmente che nel precedente non vi à bisogno di preoccuparsi dell' inutile quistione di conoscere se la qualità del commissionario fosse quella di commissionario che agisce in proprio nome, o pur se fosse l' altra di nudo mandatario.

587. La mentovata spiegazione è tanto difettosa che appena merita d' essere confutata. Come! il compilatore dell' arresto sa che esistono de' casi ne' quali un semplice mandatario, agendo come *nudus minister* entro i limiti del suo mandato, è risponsabile personalmente! ei vuole che costui, anche quando è un semplice mandatario, sia garante se il fatto che dà motivo all' azione è contemporaneo alla polizza! ei pretende che, solamente per ciò che il fatto è contemporaneo alla polizza, sia indifferente conoscere se colui il quale à ricevuto i fondi li à esatti con la qualità indicata dall' art. 91 del Codice di commercio (87 LL. di ecc.), ovvero nella qualità indicata dall' art. 92 (88 LL. di ecc.)!! Ma chi non sa che il mandatario, semplice procuratore e *merus executor*, non sia passibile d'alcun regresso da parte dei terzi?

Si fatta inavvertenza basta da sè sola a dimostrare che il compilatore dell' arresto à fatto errore, contro il suo solito, sul senso delle decisioni di cui trattasi. Inoltre basta leggere l'arresto della camera de' ricorsi del 12 marzo 1844 per essere convinto che a suo modo di vedere la difficoltà si risolve nella quistione di qualità. In affermo adunque con fiducia, non esservi affatto il menomo bisogno d' indagare l'epoca dei fatti sui quali si appoggia l' azione di risponsabilità. Il diritto è lo stesso, qualunque sia l'epoca di tali fatti. Tutto il nodo della quistione si aggira in vece sull'officio del commissionario, e

(1) N° 555 e segg.

non vi à altro che questo da esaminare. Se è vero che l'arresto della camera civile à deciso che il commissionario è risponsabile, siccome sembra che creda la raccolta di Dalloz (e la raccolta di Devilleneuve non si allontana da questo errore (1)), bisogna concepir de' dubbi sull' arresto della camera de' ricorsi il quale decide uniformemente alla Corte d' Aix per la non risponsabilità in casi che non avevano fra loro cosa alcuna che essenzialmente diversificasse le due cause. Ma convien dirlo? la Camera civile non à toccata tanto affermativamente per quanto sembra credere la tesi della risponsabilità: essa vi si è soffermata solamente per ipotesi, e per giungere alla quistione di prescrizione che rimuoveva tutte le altre L' arresto della Camera de' ricorsi è quello che è topico veramente, e sarebbe tale ancor più se le usanze della Corte gli avessero permesso di trattare la quistione con quella libertà di cui all' uopo à fatto uso la Corte d' Aix.

588. Le particolarità delle quali or ora abbiamo tenuto discorso ci sono sembrate utili per determinare le idee su di una materia che non è mica familiare e tutte le menti. Non già che ne sieno equivoci i principi: dappoichè la dottrina degli antichi autori, massimamente di quelli commerciali come a dire di Ansaldo, di Stracha, di Casaregis ecc., ecc., li à fissati sopra basi saldissime, ed il loro spirito pratico ne mostra con acutezza d' ingegno la sicura e la giusta applicazione. Ma que' principi non sono abbastanza diffusi presso i legisti, i quali sono preoccupati soprattutto del diritto civile. Gli stessi negozianti non ne sanno far sempre un buon uso ne' tribunali di commercio, in cui la legge si rimette alla loro esperienza (2). I sigg. Delamarre e Lepoitevin àn molto contribuito con l'eccellente loro opera a mettere in luce quelli oracoli del diritto commerciale: e noi ci lusinghiamo d' esserci associati alla loro impresa, e d' avere aggiunto qualche cosa ai loro sforzi.

589. Veniamo ora all'ultima parte del nostro articolo, a quella cioè che risguarda il caso in cui il mendatario à oltrepassato i termini della procura, ed in cui i terzi pretendono costituirnelo risponsabile.

Si possono presentar due casi: o il mandatario non à data scienza della procura; ovvero ne à data conoscenza.

590. Se non à dato notizia della procura, egli è risponsabile verso i terzi di ciò che à fatto con essi al di là del suo mandato. La ragione ne è semplice. I terzi ànno prestato fede alla sua parola, ed ànno creduto ciò che da lui veniva affermato sull' estensione de' suoi poteri. Potrebbe egli dolersi di si fatta fiducia? No: e però debbe rispondere di tali asserzioni presso i terzi (3). Per rimandare questi medesimi terzi ad agire contro il mandante di cui quegli à usurpato il nome e la procura, bisognerebbe che quest' ultimo avesse ratificato ciò ch' egli à fatto (4).

591. Ma se à data conoscenza della sua procura ai terzi con i quali à negoziato, e costoro, avendo avuta piena scienza de' limiti de' suoi poteri, ànno seguito il mandatario nella trasgressione cui questi si è dato, essi non debbono incolparne altri che loro stessi. Non sono stati mica ingannati; ànno anzi conosciuto di aver contrattato con una persona sfornita di qualità (5).

592. Del rimanente, è quistione di fatto quella di sapere se la conoscenza data ai terzi è sufficiente od insufficiente: e quindi una tale questione è abbandonata alla sovrana valutazione de' tribunali. A questo modo à giudicato la camera de' ricorsi sul mio rapporto, mercè arresto del 26 giugno 1845, in una causa i cui fatti particolari non sono inutili di ricordare.

La compagnia denominata *delle miniere di Arazzo* era amministrata da un consiglio, al quale non permettevano gli statuti di prendere danari a mutuo e di assumere obbligazioni se non se fino alla concorrenza de' valori in cassa. La compagnia si trovò ben tosto in una cattiva posizione, e sprovvista de' fondi necessari per andare innanzi. Avrebbe quindi dovuto sciogliersi, ai termini degli statuti. Ma, in vece di ciò, il consiglio convocò un' assemblea generale degli *azionari* per deliberare sur un imprestito. Taluni *azionari* solamente presero parte in quest' assemblea, la quale, senza attendere alla prescrizione degli statuti, emise il parere che il diritto di prendere in prestito derivava dallo stesso atto sociale. La sua deliberazione è del 2 maggio 1840.

Il consiglio di amministrazione, provveduto di si fatta deliberazione che evidentemente non aveva nessun valore, diede facoltà al signor Boca di prendere a mutuo 45000 franchi. Désiré Godart si obbligò di mutuarla. Ed è necessario notare che gli si diede conoscenza della sola deliberazione emessa nel 2 maggio 1840, ma che gli si fece ignorare l' atto di società in contravvenzione del quale era stata fatta la deliberazione stessa in una forma illegale.

(1) 44, 1, 386 (nota).
(2) *Supra*, n[i] 534 e segg.
(3) Ansaldo, *disc.* 30, n° 8: « *Asserens mandatum, vel commissionem habere contrahendi pro altero, « remanet obligatus.* » — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 341.
(4) Ansaldo, *loc. cit.*
(5) *Infra*. n° 776. — Casaregis, *disc.* 197, n° 13: « *Exceptio haec solum a mandante, non autem a « tertio esset objicienda.* » — *Junge* Mantica, *De tacit. et ambig.*, lib. 7, t. 15, n° 51.

Un tale imprestito non ritolse la società dalla sua caduta: essa non potette soddisfare ai suoi impegni. Dopo il suo scioglimento, i liquidatori, astretti a rimborsare Désiré Godart, sostennero che la compagnia non era risponsabile di un mutuo contratto contro lo stesso tenore degli statuti, contro l'estensione dol mandato fatto agli amministratori, e senza il consentimento di tutti gli *azionari*. Sì fatte difese non ammettevano risposta. Per lo che conchiuse Désiré Godart a fine di far cadere sussidiariamente la garentia su i membri del consiglio di amministrazione ch' erano stati gli autori del prestito.

Gli rispondevano costoro: Di che mai vi dolete? Noi vi abbiamo dato conoscenza della deliberazione del 2 giugno 1840, la quale interpetrava gli statuti in un senso favorevole al diritto di prendere a mutuo; questa deliberazione era la base del nostro potere; era essa il nostro mandato: e noi ve l'abbiamo comunicata.

Ma Désiré Godart insisteva dicendo: La deliberazione del 2 giugno 1840 è un abuso d'interpetrazione, è l'atto d'una illegale assemblea. Perchè io avessi ricevuta da voi una completa conoscenza della vera posizione delle cose, sarebbe bisognato che mi aveste comunicato lo statuto sociale. Quivi avrei veduto che non avevate mandato per prendere a mutuo; quivi avrei osservato che eccedevate i vostri poteri. Ora, voi avete dissimulato quest' atto importante che caratterizzava la vostra posizione e mi avrebbe trattenuto dal fare il mutuo.

Laonde, voi siete tenuti personalmente verso di me, ai termini dell' art. 1997 del Codice civile (1869 LL. civ.).

Direte forse ch' io doveva pretendere da voi l'esibizione dell'atto di società, e che sono colpevole di non averlo fatto? Ma che! mi fate rimprovero dell' aver creduto alla vostra parola? volete forse ch' io sia punito della fiducia che ò riposta nelle vostre asserzioni?

Sopra tale discussione, la Corte reale di Douai dichiarò con arresto del 15 maggio 1844 che i mandatari non avevano data una sufficiente conoscenza del loro mandato, e che questi, avendone oltrepassati i limiti, erano personalmente garanti verso Désiré Godart.

Essi ricorsero in cassazione. Ma, col su mentovato arresto del 26 giugno 1845, fu rigettato il loro gravame, atteso che i giudici del fatto, dopo aver preso in considerazione tanto lo stato incompleto delle giustificazioni fatte a Désiré Godart dai mandatari della società, quanto l'esibizione della deliberazione del 2 giugno 1840 isolata e separata dall'atto sociale che avrebbela ridotta al niente, avevano sovranamente deciso, in fatto, che i mandatari non avevano data una sufficiente conoscenza de' loro poteri, e però, applicando l'art. 1997 del Codice civile (1869 LL. civ.), avevano dovuto decidere ch' egli era personalmente tenuto.

CAPITOLO III.

Delle obbligazioni del mandante.

ARTICOLO 1998 (1870 LL. civ.).

Il mandante è tenuto ad eseguire le obbligazioni contratte dal mandatario, a norma delle facoltà le quali gli sono state accordate.

Non è tenuto per ciò che il mandatario avesse agito oltre tale facoltà, se non in quanto egli l'abbia espressamente o tacitamente ratificato (a).

SOMMARIO.

593. Traosizione. Obbligazioni del mandante. Loro origine.
594. Dell'azioae *mandati contraria*: favore ebo vi é attribuito ; essa è del diritto delle geati.
595. La prima obbligazione del mandante è quella di eseguira ciò che è stato promesso dal mandatario entro i limiti del sno mandato.
596. *Qui mandat ipse fecisse videtur*. Gli atti del mandatario ridondano sul mandante.
597. Ma ciò sotta due condizioni :
   1° a condizione ehe il maodatario abbia agito *nomine procuratorio* ;
598. 2° a condisione cha il mandatario oon abbia oltrapassato i limiti della procura.
599. Il mandatario che non è agito eotro i limiti della sua procura non à veran' aziona per far ratificare dal mandante gli atti fatti con i terzi.
   Rinvio al n° 604 per altre spiegazioni su queste regole.
600- I tersi non ànne nè pure alcuo regresso contro il mandante la cui procura è stata oltrepassata, quando ànno negoziato col mandatario con cognizione di causa di un tale eccesso.
601. *Quid* allor quando il mandnate è ratificato ciò che è stato fatto ?
602. Quaotunqne il mandato sia tacito, i terzi ohe ànno negoziato con ne tacito mandatario, ooloriamente coaosciuto per tale, àono azioоe contro il mandaote.
   Degli atti de' commessi.
   Essi rifleltooo sol maadaote.
603. Qoali sono gli atti del servo , i quali ridondano contro il padrona.
604. Ritorna sulla regola del n° 599 *supra*. Del caso io coi l'indeterminato della procura á facilitato da parte del mandatario degli abusi contro i quali i terzi non ànno potuto premunirsi. a motivo della cattiva compilazione della procura.
605. Spiegazioni a tal rigaardo.
606. Lo stesso é a dirsi quaodo la procura è stata rivocata all' insaputa da' terzi , ed il mandante non à ritirato la procara dalle mani del mandatario. I terzi ehe ànno negosiata con questo altimo , in buona fede , ànao azione contra il mandante.
607. Se il maodante possa ripudiare le obbligaziani contratte dal mandatario eha à ecceduto il mandato , quando i terzi ànan avuto giusto motivo di considerarlo coma proprietaria della cosa.
608. Della ratificazione in materia di mandata. Sue qualità distintive. Differenza fra questa specie di ratificazione, a quella di cui parla l'articolo 1338 (1292 LL. eiv.).
609. La ratificazione ia materie di mandato é esente da speciali formalità.
610. Essa può esser tacita.
611. Continaaziona ed esempi.
612. Della ratificazione che risulta dal silenaio.
613. Della conoscenaa ehe deve avera il maadante per ratificare convenevalmente.
614. Della volontà di ratificare l' atto tale qual à.
615. La ratificazione dell' atto si estenda alle condizioni ehe vi sono unite. Una parziale ratificazione noa è mica una ratificazioaa.
616. La ratificasione , quando è stata fatta nell' ignoraosa delle condizioni essenziali dell' atto, non produce verun effetto. Esempia.
617. Notabili effetti della ratificazione.
   Essa retroagisce.
   Equivale ad un maadato fatto *ab initio*.
618. Applicasione di ciò.
619. È egli vero intanto che tutte le gestiani di negozi si trasformino in maodato allor quando sono state ratificate ?
   Distinzione di Cujacio sopra si fatta questiane.
620. Non v' à aloun effetto retroattivo in pregiudizio de' terzi.

(a) LEGGI CIVILI. L' articolo 1998 del Codice civile corrispoode all' articolo 1870 delle Leggi civili eccceputo come segue :

« Il mandante è tenuto ad eseguir le obbligazioni contratte dal mandatario , a norma delle facoltà che « gli ha date.

« Non é tenuto per ciò che il mandatario avesse fatto oltre tali facoltà , se non in quanto egli l' abbia « espressameote o tacilamente ratificato. »

LEGGI ROMANE. Il mandatario che oltrepassava i limiti della sua procura non rendeva mai rispensabile od

593. Dopo avere esaurito ciò che risguarda le obb'igazioni del mandatario, noi giungiamo al capito'o *delle obbligazioni del mandante.* Già si conosce donde procedono queste obbligazioni,ed in qual modo esse si ligano al contratto di mandato. A tal uopo abbiamo fatto sotto il n° 11 alcune osservazioni alle quali rimandiamo (1).

594. Queste obbligazioni dànno luogo ad un' azione chiamata dai Romani *mandati contraria*, perciocchè essa non deriva principalmente dal contratto di mandato, e nasce soltanto da fatti posteriori. Viene chiamata *mandati contraria* per contrapposto all'azione *mandati directa*, la quale compete al mandante contro il mandatario, e procede direttamente, immediatamente e principalmente dal contratto (2), ed è estremamente favorevole. Essa, fondata sull' equità, è ricevuta presso tutt' i popoli, senza distinzione della qualità di nazionali o di stranieri. La giusta indennità cui tende la raccomanda in un modo speciale alla benevolenza dei giudici (3).

595. Il mandato à spesse volte per scopo quello di mettere il mandante in relazione con i terzi mediante una persona la quale, munita della procura, rappresenta il mandante rispetto a costoro. Cosa è mai il mandatario in tal caso? una semplice persona intermedia, la quale figura sotto il nome di un altro e non contrae personalmente nessuna obbligazione con i terzi (4). Per la qual cosa il mandante è egli solo obbligato, ed egli solo deve rispondere verso i terzi quando costoro debbono far valere i diritti che ad essi sono stati conferiti dal mandatario in virtù della procura. *Qui mandat ipse fecisse videtur.*

596. L' art. 1998 (1870 LL. civ.) regola si fatta condizione del mandante Esso con ragione prescrive che gli atti fatti dal mandatario entro i limiti della procura ridondano sul mandante, e che i terzi ritengono costui tanto strettamente per quanto sarebbe ove fosse personalmento comparso.

597. Due condizioni sono per altro necessarie a fine che i terzi abbiano un' azione diretta contra il mandante.

La prima è questa, che il procuratore abbia agito *nomine procuratorio*, e non già in suo proprio e particolare nome. Imperciocchè se avesse agito per conto altrui, ma in suo nome personale, i terzi non avrebbero verun' azione contro il mandante. *Personam contrahentium contractus non egrediuntur* Noi abbiam di sopra sviluppato questo punto con tali particolarità che ci dispensano dal rivenirvi (5).

598. La seconda condizione è che il mandatario non abbia affatto oltrepassato i limiti della procura (6); imperciocchè qualora si sia fatto lecito di eccederli, egli non à mica rappresentato il mandante. « *Non essendo adempita la* « *forma del mandato, non è tenuto il man-* « *dante a osservare e ratificare ciò che vien* « *fatto dal mandatario* (7). »

Da ciò due conseguenze :

599 L'una,che quel mandatario il quale non à agito uniformemente ai suoi poteri non à mica l' azione *mandati contraria* per farsi garentire dal mandante delle obbligazioni da lui assunte verso i terzi (8). Tocca a lui, mandatario, di risponderne personalmente : e 'l nostro articolo è testuale per un tal caso. Ciò non ostante, vedete al n° 604 le eccezioni che si fatta regola può soffrire.

600. L' altra, che i terzi non ànno nè pur essi alcun regresso personale contra il mandante, ed in vece ànno azione contro il solo mandatario. E per ciò fa d' uopo ancora che costui non abbia dato ad essi conoscenza della sua procura e si sia vantato d' un potere che non aveva; da che se il mandatario avesse loro mostrato il suo mandato, ed essi, dopo essersi a questo modo posti in istato di verificarne l' estensione, fossero andati oltre, non avrebbero alcuna garentia a pretendere dal mandatario, e sarebbero considerati di aver negoziato a loro rischio e pericolo Il che noi abbiam veduto con l' art. 1997 (1869 LL. civ.).

601. Nulladimeno, se il mandante à ratificato espressamente od anche tacitamente il fatto

obb'igato il suo mandante, rispetto al quale rimanava di niun valore ciò che quegli avesse effettuato oltre le facoltà che gli erano state date : l. 5, D, *Mandati.* Ma il mandante, se ratificava sia espressamente sia tacitamente gli atti eccessivi del mandatario, rimaneva obbligato da essi e diveniva responsabile verso i terzi, nello stesso modo che se questi atti fossero stati compresi o autorizzati dalla procura : l. *ult.*, C., *ad Sen. Cons. Maced.*; l. 1, a *tot. tit.*, D., *Rem rat. hab.* (*Edit.*)

(1) *Junge*, ni 28, 39, 107.

(2) *Supra*, n° 11. Ulp., l. 12, § 7, 9, D., *Mandati.*

(3) V. un esempio nel mio comento delle *Fidejussione*, n° 331.

(4) *Supra*, n° 517.

(5) Ni 522, 535 e segg.

(6) L. 1, § 12, D., *De exercit. act.* (Paolo). La sua decisione è precisa ed è topica. — Casaregis, *disc.* 119, n° 9, in conformità della l. *Si procurator.*, C., *De procurat.* Rot. gen., *decis.* 174, n° 6. — Deluca, *De credito*, *disc.* 84, n° 3. — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 340.

(7) Casaregis, *disc.* 119, n° 9.

(8) Rot. gen., *decis.* 174, n° 7 : « *Et ex mandato agere non potest qui non servavit illud, et ejus qualitates,* « *etiam quando in modico consisterent.* »

extra-legale del mandatario, l' approvazione di lui cancella la trasgressione, ed equivale ad un mandato così rispetto ai terzi che riguardo al mandatario. Quivi si adatta la materia della ratificazione, che ci faremo ora a trattare. Ma poichè la sua estensione ci costringerà ad abbandonarci a parecchi sviluppamenti, io desidero, pria di approssimarmici, di mettere in veduta taluni punti che si collignno alle precedenti proposizioni.

602. Primieramente, vi sono mandati taciti i quali hanno presso i terzi la stessa efficacia dei mandati espressi. I terzi vi àn creduto, e sono stati fondati a prestarvi fede. Il mandante è tenuto a rispettare ciò ch' è stato fatto da questi mandatari, i quali tacitamente erano autorizzati da lui, godevano la sua fiducia, e facevano ostensibilmente i suoi affari. La buona fede del pubblico non debb' essere ingannata.

Talora un commesso, preposto al pagamento degli operai, avrà l'usanza di prendere danaro in prestito nell' assenza del principale a fine di non lasciare abbandonati i magazzini. Il committente che avrà tollerata una tale usanza non sarà esente dall' obbligo di rimborsare i terzi di buona fede i quali saranno venuti in soccorso de' suoi affari (1).

Tal altra volta un commissionario, incaricato di eseguire la tale commissione, non avendo i fondi necessari per le anticipazioni, avrà avuto ricorso al credito de' terzi. Il committente potrà mai rifiutarsi ad assumere a suo peso obbligazioni sì intimamente ligate ai fini del mandato da lui fatto (2)?

603. Ma non dovrà abusarsi di questa regola, e si vorrà ricordare i precetti che noi dispra abbiamo dati sulla necessità di non oltrepassare i limiti del mandato (3).

Il perchè, a cagion d'esempio, in taluni casi il servo, in faccia ai terzi, è un mandatario per agire a danaro contante; ma allor quando costoro gli fanno credito, si è questa una personale fiducia che gli accordano, e 'l padrone, il cui mandato era per comprare a contante, non è mica risponsabile (4).

604. Quantunque pocanzi abbiamo detto che il mandante non è tenuto verso i terzi se non io quanto il mandatario à agito a norma dei suoi poteri (5), conviene intanto mitigare questa regola con una eccezione: e questa eccezione à luogo allorchè l' abuso del mandato in vece di derivare dalla procura, è, per contrario, coverto dalla stessa procura, la cui esibizione à indotto i terzi in errore.

Mi spiego.

Io fo procura a Pietro di prendere a mutuo 300 fr.: e Pietro riceve da Primo questa somma. Ma in vece di fermarsi là, ei si vale del mandato per contrarre in mio nome un secondo ed un terzo mutuo con Secondo e con Terzo. Benchè Pietro avesse abusato della mia procura, benchè i due ultimi prestiti fossero contrari alle mie istruzioni e per conseguenza illegittimi, io non ne sono meno obbligato personalmente verso Secondo e verso Terzo, se costoro sieno stati di buona fede (6). Pietro aveva un apparente potere, ed i terzi ànno avuto giusta ragione di prestarvi fede. Non vi sarebbe sicurezza alcuna a contrattare con un assente, ove quegli non veoissero renduti risponsabili d' un abuso nascosto.

605. E la ragione è in questo caso in armonia col credito privato il quale milita a pro dei terzi.

Ed in vero, il mandante è colpevole di non aver precisato la persona presso la quale ci voleva venisse fatto l' imprestito.

O pure, se non è biasimevole a tal riguardo, egli è colpevole di aver lasciata la procura in potere del suo mandatario dopo che il mandato era eseguito col primo mutuo.

Ovvero in fine, se à buone ragioni sotto questo secondo rapporto, egli è, in tutt' i casi, risponsabile di aver malamente riposta la sua fiducia: tocca a lui di soffrirne le consegnenze, non già ai terzi che egli à messi in relazione con quel mandatario iofedele. « *Publicae repugnat* « *aequitati*, dice eccellentemente Ansaldo, *ci-* « *vilique commercio quod quis sincera fide* « *contrahens; cum aliquo prae manibus ha-* « *bente publicum instrumentum mandati, de-* « *beat sub ista bona fide decipi* (7) »

606. Questi esempi non sono i soli.

La procura può essere stata rivocata; il mandatario non à adempiuti ai suoi doveri continuando una gestione che gli è interdetta. Ma allor quando questa rivocazione è ignorata dai terzi, con qual diritto il mandante la opporrebbe ad essi? Potrebbe mai far loro un rimprovero d' aver avuto fiducia in questa procura, della quale il suo mandatario era portatore? perchè mai non l' à egli ritirata dalle mani di quest' ultimo? perchè mai gli à lasciato quel titolo ch' era tale da attirare la fiducia de' terzi?

(1) Bordò, 9 febbrajo 1829 (D., 29, 2, 294). — Trattavasi d' un conduttore di apere, incaricato di pagare gli artigiani, il quale aveva tolto danaro a mutuo per consegu re questo fine.

(2) Cassaz., ricorsi, 15 febbrajo 1830 (D., 30, 1, 127).

(3) *Supra*, ni 260 e segg.

(4) Arresto della Corte di Cassazione del 22 gennaio 1813: Devill, 4, 1, 264, e la nota. — Parigi, 13 settembre 1828: Devill., 9, 2, 148. — Parigi, 28 aprile 1838: Devill., 38, 2, 218,

(5) *Supra*, n° 599.

(6) Pothier, *Mandato*, 89, *Oblig.* n° 79. — *Infra*, n° 825.

(7) *Disc.* 30, n° 4. — *Junge* Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 354.

qual mezzo adunque avrebbero costoro a fin di premunirsi contro tali abusi impenetrabili alle loro investigazioni (1)? ove sarebbe mai la sicurezza negli affari?

Ed è tanto più giusto di far ricadere le conseguenze della colpa del mandatario su quello ch' è colpevole d' una cattiva scelta, o sia sul mandante, che costui può convenire che il mandatario non agirà *nomine procuratorio*, e contratterà coi terzi in suo proprio e particolare nome (2). Si sa come, con ciò, ei si trovi libero dall' azione di regresso de' terzi.

607. L' articolo 1998 (1870 LL. civ.) autorizza forse il mandante a ripudiare le obbligazioni contratte da quel mandatario il quale à oltrepassato i limiti del suo mandato, quando i terzi di buona fede ànno avuto giusto motivo di risguardare questo mandatario come proprietario della cosa e quando questa cosa è mobile?

Per esempio, io fo tenere a Pietro un pezzo d' argenteria perchè lo venda in mio nome. In vece di ciò ei lo vende in nome suo ad Isacco, del quale è debitore, e ne compensa il prezzo col debito. Potrò io attaccare sì fatta vendita?

No! In fatto di mobili il possesso vale per titolo. Isacco à comperato da uno cui egli à giusto motivo di risguardare come vero proprietario della cosa. Tanto peggio per me se mi sono affidato ad una persona che à ingannato me e che à ingannato gli altri. Son io la cagione prima del male per effetto d' una fiducia malamente riposta. Non posso adunque molestare i terzi di buona fede (3). Le mie azioni contro Isacco sarebbero ammessibili solamente quando costui fosse di mala fede (4).

608. Veniamo ora alla ratificazione (5).

La ratificazione di cui si tratta nell' articolo 1998 (1870 LL. civ.), e generalmente nella materia del mandato, non à niente di comune con quella che fa l' obbietto dell' articolo 1338 del Codice civile (1292 LL. civ.). Quest' ultimo articolo si occupa della ratificazione di contratti e di atti nulli o soggetti a rescissione nei quali si è stato parte per sè o per mezzo de' propri autori. L' articolo 1998 (1870 LL. civ.) tratta per l' opposto della ratificazione di atti nei quali si è stato interamente straniero per mancanza di potere nella persona del mandatario.

609. Questa seconda specie di ratificazione non è assoggettata a veruna formalità: può risultare da lettere, da fatture, da note, da atti sotto firma privata, ecc. Tutto quello che annunzia una volontà certa di ritenere per buona l' operazione del mandatario è preso in considerazione.

610. Essa può eziandio esser tacita. Il nostro articolo lo dichiara apertamente, e con ciò distrugge i sogni ritenuti sino ad oggi sulla mancanza di efficacia de' taciti mandati (6). Ogni qualsiasi fatto dal quale deriva necessariamente un' approvazione contiene ratificazione, e vale quanto una formale dichiarazione (7).

611. Laonde, se, dopo aver conosciuto ciò ch' è stato fatto per me al di là del mio mandato, io consento a trarne utile, è cosa evidente che do una ratificazione la quale covre tutte le irregolarità.

612. Perciò ancora se, avendo ricevuto notizia di ciò che per me è stato impreso a mia insaputa ovvero al di là de' miei ordini, io serbo silenzio, son considerato di consentire in questo modo a ciò che l' affare sia proseguito. Tutto è ratificato; e questo è quanto viene insegnato da Bartolo (8), da Straccha (9), da Casaregis (10), e da tutti gli autori accreditati (11). « *Mandatorem habentem certam scientiam de* « *excessu sui mandati, eique, neque facto,* « *neque verbis, contradicentem, haberi pro* « *approbante: dummodo cum scientia concur-* « *rat aliquis actus, ut receptio literarum et* « *taciturnitas* (12). » Si rileva la saggezza di quest' ultima osservazione; ed in vero, il silenzio non è caratteristico se non in quanto colui che lo serba è stato spinto da qualche atto che gl' imponeva la necessità di spiegarsi.

A maggior ragione sarà certa la ratificazione in questo esempio somministrato da Straccha. Il mandatario di Pietro e di Paolo li à solidalmente astretti in giudizio, quantunque avesse il solo diritto di costringerli parzialmente. Se Pietro, citato per lo tutto, domanda una dilazione ovvero offre un pagamento in immobili, senza resistere alla solidalità, è considerato ratificare il fatto del suo mandatario (13).

613. Perchè sia valida la ratificazione espressa o tacita, colui che ratifica non à bisogno di conoscere tutte le circostanze secondarie o

(1) Pothier, *Oblig.*, n[i] 80, 81.
(2) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 354.
(3) *Supra*, n° 529. — Mio comento della *Prescrizione* t. 2, n° 1070.
(4) *Supra*, n° 529. — Mio comento della *Prescrizione*, t. 2, n° 1061.
(5) Doneau, t. 3, p. 879, n° 10.
(6) *Supra*, n° 127.
(7) Casaregis, *disc.* 198, n° 6.
(8) Sulla legge 12, § *Ratam*, D., *Rem ratam haberi*.
(9) *Si dominus sciverit procuratorem suum fines mandati excedere, et non contradixerit, assentire videtur* (*Mandati*, 18).
(10) Casaregis, *disc.* 30, n° 61, e *disc.* 50 n[i] 2, 3, 4, 32, 33; *disc.* 176, n[i] 35, 36; e *disc.* 131, n° 1, 2, 6.
(11) Emerigon, t. 1, p. 144, 145.
(12) Casaregis, *loc. cit.*, *disc.* 30, n° 61 e 62.
(13) Straccha (*loc. cit.*).

accidentali dell' affare; basta che abbia avuta la scienza delle circostanze essenziali (1). Che importa, in fatti, ch'egli abbia ignorata talune qualità delle operazioni indifferenti in loro stesse ed incapaci di portar pregiudizio? Basta che sia stato conosciuto ed approvato ciò che costituisce l' essenza dell' atto (2). Così, per esempio, se il mio commissionario vende, senza mio ordine, mercanzie che mi appartengono, ed io, dopo esserne stato informato, non lo disapprovo affatto, sarò forse ammesso a rivenire sopra questa ratificazione sotto il pretesto che non avrò conosciuto i compratori? Cosa importano questi compratori? Non è forse il loro nome senza valore, senza autorità, e senza influenza (3)?

614. A maggior ragione dovrà esserne nella stessa guisa quando sembrasse che il mandante avesse voluto ratificare l' atto tale qual è. Si fatta ratificazione si estenderebbe di pieno diritto anche alle qualità ignorate (4).

615. In forza delle suddette ragioni decidono i giureconsulti che la ratificazione dell' atto si estenda alle condizioni che vi sono unite (5). Un atto, in fatti, non potrebbe esser diviso, e non potrebbe essere approvato per una parte e ributtato per l' altra: convien che sia o rifiutato per lo tutto, o per lo tutto approvato (6). Una parziale ratificazione non sarebbe affatto una vera ratificazione.

616. Ma se queste condizioni fossero essenziali, a colui che ratifica non ne avesse avuta cognizione, la sua ratificazione non potrebbe essergli di pregiudizio, eccetto se avesse inteso di ratificare l' atto tale qual è. Questa è la conseguenza di ciò che dicevamo al n° 613: « *Ratificatio non valet si claram et specificam* « *scientiam excessus non habuerit ratificans* (7). »

Per esempio, Girard dà a Lefèvre, suo commissionario, l' ordine di vendere le acquaviti puramente e semplicemente. Lefèvre effettua in realtà la vendita in nome di Girard; ma, contro il tenore del mandato, ei consente in pro del compratore Francesco a ciò che il contratto sia considerato come non avvenuto se, all'epoca dalla consegna la quale deve aver luogo fra due mesi, le acquaviti avessero sofferto una diminuzione di prezzo, salvo al compratore di pagare un compensamento dell' 1 per 100. Girard riceva notizia della vendita, ma non già della condizione che vi è unita; e credendo che i suoi ordini sono stati esattamente eseguiti, scrive a Francesco che gli spiriti sono in disparte per lui e gli saranno consegnati. Nel momento di ricevere la consegna sopraggiunge un calo di prezzo, e Girard ricusa di uniformarsi alla condizione posta alla compra ed accettata da Francesco. Girard si meraviglia, e dichiara che sono state violate le sue istruzioni. Francesco allora gli uppone le sue lettere, e ne desuma la pruova di una ratificazione la quale covre non solamente la vendita, ma eziandio la condizione risolutiva apposta a questa vendita. Vi sarà egli fondato? No, qualora sia certamente vero, come noi supponghiamo, cha Girard sia stato nell' ignoranza. « *Ut ratificanti actus ra-* « *tificatio praejudicat, requiritur, quod ille,* « *ante ratificationem, omnium qualitatum a-* « *ctus ratificandi, scientiam habuerit* (8). » Ed in questo caso si tratta di tale qualità essenziale da recar danno singolarmente al ratificante: « *Essentialia actus et quae possunt* « *deteriorem reddere conditionem ratificantis* (9). »

617. Sono notabili le conseguenze della ratificazione. Essa produce un effetto retroattivo (10), e covra *ab initio* tutto ciò ch' à stato fatto, nello stesso modo che avverrebbe se fosse stato dato primitivamente un mandato. Il perchè è massima fondamentale in questa materia: *Ratihabitio mandato aequiparatur* (11).

618. Segue da ciò che il mandatario à diritto agl' interessi sulle somme da lui sborsate, non già dal giorno dell' approvazione, sì bene da quello in cui l'affare è stato principiato (12). Segue ancora che tutte le perdite sopraggiunte mentre il consentimento è in sospeso ricadono dopo la ratificazione sul ratificante che ne à avuto cognizione (13).

619. Dal principio che la ratificazione equivale ad un mandato sembra risultare, a prima vista, che tutte le gestioni di negozi si trasformino in mandato dal momento in cui sono state conosciute ed approvate dal proprietario, e che

(1) Stracchа, *disc.* 125, ni 4, 5. — *Supra*, ni 138, 139, a segg.
(2) Ansaldo, *disc.* 30, n° 24. — Deluca, *De credito*, *disc.* 30, n° 13. — Casaregis, *disc.* 125, ni 7 ed 8.
(3) Casaregis, *disc.* 125, ni 8, 9, 10.
(4) *Id.*, n° 9.
(5) Casaregis, *disc.* 78, ni 20 a 21. Vedete il suo sommario.
(6) *Id.* — Argomento dalla legga *Cum quaeritur*, D., *de adm. testor.* L. *Si Titius idem*, D. *De verb. oblig.*
(7) Casaregis, *disc.* 125, ni, 4 a 5, al sommario.
(8) Casaregis, *disc.* 125, n° 4.
(9) Casaregis, *disc.* 125, n° 7.
(10) L. 16, D., *De pignorib. et hyp.* — Mio comento delle *Ipoteche*, t. 2, n° 496. — Doneau, t. 3, p. 879, n° 10.
(11) L. 12, § 4, D., *De solutionibus*, ed Ulpiano, L. 60, D., *De regulis juris.* — V. qui sopra Casaregis, *disc.* 30, n° 71, *disc.* 76, n° 3, a *disc.* 121, n° 12.
(12) Delamarre, e Lepoitevin, t. 1, n° 177.
(13) Io dico: *che ne à avuta cognizione*, impercioocchè se lo avesse ignorato, si potrebbe elevare de' dubbi sulla validità della ratificazione. — *Supra*, ni 613, 616. — Delamarre, e Lepoitevin, t. 1, n. 127, *in fine.*

per consegnenza l' azione fra il proprietario ed il gestore sia piuttosto l' azione *mandati* che l' azione *negotiorum gestorum*. Accursio à additato una tale opinione, la quale è professata dai sigg. Delamarre e Lepoitevin (1). Essa per altro non è esatta se non se quando la si limita con una distinzione, che noi di sopra abbiamo fatta con Cujacio e con altri dottori (2). La ratificazione tramuta l' atto in vero mandato solamente quando essa è necessaria per covrire la risponsabilità del gestore. Ma allorchè l' atto è di que'li che rimangono in vigore senza il concorso della volontà del proprietario, la costui approvazione non potrebbe cambiare lo stato delle cose, e convertire in aziono *mandati* l' azione *negotiorum gestorum*.

620. Gli effetti retroattivi della ratificazione sono circoscritti fra le parti, e non si estendono ai terzi ai quali potrebbero apportare pregiudizio. Io ò discorso di questa regola nel mio comento delle *Ipoteche* (3), e può aversi ricorso ai giureconsulti ed alle autorità che quivi ò citato.

Per esempio, Pietro fa senza mandato un' assicuranza per Paolo (4). Succedendo il sinistro ed opponendosi dagli assicuratori la nullità dell' assicurazione come quella ch' è stata fatta senza ordine alcuno (5), la ratificazione di Paolo non potrà mica covrire, in pregiudizio degli assicuratori, i vizi originari del contratto. Sarebbe stato necessario che Paolo avesse ratificato in tempo utile, *rebus integris*; ma egli non può più, quando i terzi ànno acquistato diritto alla nullità. Il che viene egregiamente spiegato da Casaregis nel suo discorso 173 (6). « *E do-* « *vendo la ratificazione seguire* RE INTEGRA, « *cioè, avanti il sinistro, in tempo et stato di* « *cose, nel quale l' atto ratificato potesse va-* « *lidamente farsi come per il testo in leg. Bo-* « NORUM, *D.*, *RAT. REM HAB.*

Articolo 1999 (1871 LL. civ.).

Il mandante deve rimborsare al mandatario le anticipazioni e le spese che questi ha fatte per l' esecuzione del mandato, e deve pagargli la mercede se è stata promessa.

Quando non sia imputabile alcuna colpa al mandatario, non può il mandante dispensarsi dal corrispondere il detto rimborso e pagamento, ancorchè l' affare non fosse riuscito, nè può far ridurre l' ammontare delle spese ed anticipazioni, col pretesto che avrebbero potuto essere minori (a).

(1) *Supra* n° 131.
(2) *Id.*
(3) T. 2, n¹ 495. 496.
(4) *Infra*, n° 625, io esamino la seguente questione : In quali casi vi à tacito mandato per fare assicurare?
(5) *Supra*, n° 561.
(6) N° 31.

(a) Leggi civili. L' art. 1999 del Codice civile corrisponde all'art. 1871 delle Leggi civili concepito nei seguenti termini:

« Il mandante dee rimborsare al mandatario le anticipazioni e le spese che questi ha fatto per l' esecuzione « del mandato, e dee pagargli la mercede, se l' abbia promessa.

« Quando non sia imputabile alcuna colpa al mandatario, non può il mandante dispensarsi da tal rimborso « e pagamento, ancorchè l' affare non fosse riuscito ; nè può far ridurre le somme delle spese e delle anticipa- « zioni, col pretesto che avrebbero potuto esser minori. »

Leggi romane. Per la legge 12, § *ult.*, D., *Mandati*, il mandatario aveva il diritto di astringere il mandante alla somministrazione delle cose che fossero state necessarie per eseguire il mandato; e per le leggi 10, § 9, 12, § 9, D., *eod. tit.*, ed 1 e 20, § 1, Cod., *De mandato*, poteva il mandante venir costretto dal mandatario tanto ad approvare le cose già eseguite, quanto a pagare le spese utili, le spese necessarie e le usure corrispondenti, anche quando non fosse stato costituito in mora, ma il mandatario avesse dovuto prendere somme ad usure o riscuotere i propri capitali dati ad usura, per dare opera al mandato o per conseguirne l'esecuzione. Il che si otteneva con l' esercizio dell' azione *mandati contraria*: l. 59, § 3, D., *Mandati*; l. 52, § *ult.*, D., *De fidejuss. et mand.*; l. 23, e l. 28, Cod., *De fidejussor.*

Non eravasi riguardo alcuno all' utilità conseguita dalle spese, ed al risparmio che so di esse avrebbe potuto fare il mandante, purchè costasse così della buona fede del mandatario, come dell' utilità stimata esistente nel principio dell' affare, ad onta che poscia queste conosciute utilità fosse venuta meno per qualche caso fortuito: *arg.* l. 10, § 1, D., *De negot. gest.*; l. 3, § 7, D., *De in rem verso*; l. 27, § 4, e l. 56. § 4, D., *Mandati.*

Non importava nè anco se l' affare non avesse sortito l' esito che si desiderava: l. 4, Cod., *De mandato*, e l. 46, § *penult.*, D., *De procurat.*; o pure se il mandatario non avesse potuto condurlo a termine: l. 36, *ult.*, D., *Mandati.*

Inoltre il mandatario non poteva pretendere il rimborso delle spese fatte oltre i limiti del suo mandato, giacchè in tal caso non gli competeva nè l' azione *contraria mandati*. nè l' altra *de negotiis gestis*, ma si veniva considerato di aver amministrato l' affare contro la volontà del proprietario: l. 3, § *ult.*, l. 4, l. 5. l. 33. D., *Mandati* ; § 8, *Instit.*, *De mandato*; *arg.* l. 40, D., *Mandati*; e l. *ult.*, Cod., *De negot. gestis.*

In fine poteva il mandatario far uso dell' azione *contraria mandati* per domandare d' essere sciolto delle obbligazioni assunte in conseguenza del mandato, od almeno di trasferirle direttamente sulla persona del mandante : l. 45, *in prin.*, D., *Mandati*, *arg.* § 2, *Instit.*, *De oblig. quae quasi ex contract.* (*Edit.*).

SOMMARIO.

621. Altra obbligazione del mandante quella cioè di rimborsare il mandatario delle anticipazioni e delle spese da costui fatte.
622. Continuazione ed esempi.
623. Poco importa che il mandatario abbia fatte le anticipazioni col danaro proprio o con quello d'un amico.
Poco importa eziandio che quest' amico, volendo gratificare il mandatario, gliene abbia fatto un dono. Il mandante non deve trarre profitto da una tale liberalità.
624. Il mandante è tenuto a rimborsare le sole anticipazioni fatte di buona fede e per necessità,
625. o pure per una causa giusta ed utile.
Quistione di conoscere se il mandatario incaricato di sbrigare una cosa e di curarne il meglio abbia virtualmente il diritto di farla assicurare, o se il mandante gli debba il rimborso della prima di assicuranza.
626. L'azione del mandatario è maggiormente ammessa quando lo stesso mandante à ordinato la spesa.
Caso curioso riportato da Ulpiano.
627. Dell' interesse delle somme anticipate dal mandatario. Rinvio.
628. Il mandatario non risponde del successo.
Egli à diritto d'essere indennizzato ancorchè l' affare non fosse riuscito.
Esempio dato da Africano.
E quando anche la sua spesa eccedesse quella che il mandante avrebbe fatta se avesse agito di per sè stesso, il mandatario di buona fede dev' esserne rimborsato.
Differenza a tal riguardo fra il mandatario ed il *negotiorum gestor*.
629. Ma se è stato convenuto che la spesa non eccedesse la tale somma, ed il mandatario la oltrepassa, il mandante non à obbligato ad indennizzarlo di una tale eccedenza.
Nè pure ne è tenuto quando la spesa è determinata dalla legge ed il mandatario paga più di quanto è fissato dalla tariffa.
630. Del pagamento degli onorari, e dell'azione relativa a tal pagamento.
Talvolta l' onorario è dovuto di pieno diritto e senza convenzione, anche nelle materie civili.
631. In diritto commerciale, l' onorario è di uso e di diritto.
Rinvio al n° 240.
Il consueto salario viene ad essere aumentato quando il commissionario commerciale stipula la convenzione del *credere*.
632. L'onorario che eccede i giusti limiti può essere ridotto. Diritto di revisione che ànno all' uopo i tribunali.
633. Il salario è dovuto ancorchè l' affare non fosse riuscito.
634. Eccetto se la convenzione contenesse il contrario.
635. Il mandatario può esser privato del suo salario quando si renda colpevole di dolo.
636. Applicazione di questa regola.
637. Continuazione.
638. Continuazione.
639. Continuazione.
640. À egli diritto il mandatario di farsi indennizzare dal mandante dell'onorario che à dovuto pagare ad una persona sostituita?
Distinzione a tal riguardo.
641. È egli dovuto l' onorario quando un avvenimento di forza maggiore impedisce l' esecuzione dell' affare?
642. 1ª *ipotesi*, la quale à luogo quando la forza maggiore impedisca il cominciamento dell' affare.
643. 2ª *ipotesi*, la quale à luogo quando l' impedimento di forza maggiore colpisce la persona del mandatario. Opinione de' comentatori del diritto romano.
644. Esame di questa opinione secondo i principî.
Distinzione a fare. L'onorario pagato non può essere ripetuto.
645. Ma il mandatario ch'è impedito ad eseguire il mandato non può riscuotere l'onorario (che non ancora è ricevuto) per un ministero che non effettua.
646. L' limitazione a questa regola.
647. Esempio.
648. Continuazione.
649. *Quid* nel caso in cui l'onorario è stabilito a tanto il mese?
650. 3ª *ipotesi*, la quale à luogo allorchè vien meno l' affare per ciò che la forza maggiore à colpito il mandante.
651. Continuazione.
652. 4ª *ipotesi*, la quale à luogo quando il mandato viene ad essere rivocato per effetto della volontà del mandante.
653. Ultima riflessione.
In generale, il mandante deve anticipare le spese che deve fare il mandatario, e deve fornirgliene i fondi.

COMENTO.

621. Il nostro articolo si occupa di un' altra obbligazione del mandante, quella cioè di rimborsare il mandatario delle anticipazioni e delle spese che à fatto. La quale obbligazione è tanto equa, per quanto giusta; imperciocchè, stante che l' affare concerne il mandante e gli apporta utilità, è assolutamente necessario che ne supporti i pesi (1).

622. Si è perciò che il mandatario il quale à pagato le spese di trasporto, di noleggio, di dogane, di transito, di peso, di scaricamento, di magazzino, di cambio, ecc., ecc., il quale à anticipate le spese di liti ovvero à saldati i creditori, ecc., ecc., à un' azione per farsene rivalutare. Egli è considerato di aver fatto tutte queste spese con la volontà del mandante, e come necessaria conseguenza del mandato (2).

623. È indifferente che il mandatario le abbia fatte col suo proprio danaro, o col mezzo di un amico che glielo avesse anticipato.

Anche quando quest' amico gliene avesse fatto dono, a lui personalmente, ei potrebbe ripetere le suddette anticipazioni contro il mandante se queste fossero state fatte in suo nome. L' a-

(1) Ulpiano, l. 12, § 9, D., *Mandati.* — Papiniano, l. 56, § 4, D., *Mandati.* — Caja. l. 27, § 4, D., *Mandati.* — Ulpiano, l. 10, § 9. D., *Mandati.* — L. 4, C., *Mandati.* — Pothier, n° 68, e segg.
(2) Favre sulla legge 27, § 4, D., *Mandati.* — Pothier, n° 74.

mico à voluto far cosa grata al mandatario non già al mandante, ed è intanto quest' ultimo quegli che in conchiusione profitterebbe della liberalità se il mandatario non avesse azione contro di lui (1).

624. Ma perchè le spese fatte dal mandatario debbono essergli rimborsate dal mandante, è d'uopo che queste siano state fatte per necessità e di buona fede; *sumptus bona fide necessario factos*, dice Papiniano (2).

Tali sono le spese fatte per procurare l' esecuzione del mandato (3), ovvero per conservare la cosa, o per prevenire un danno di deteriorazione.

625. Debbono essere rimborsate non solamente le spese necessarie, ma ben anche le spese utili fatte per un giusto motivo (4).

Laonde il mandatario che essendo incaricato di una spedizione à fatto assicurare per un plausibile motivo la cosa commessa alle sue cure, è ben fondato a farsi rimborsare le prime di assicuranza da lui pagate. L' assicurazione può non essere assolutamente necessaria, ma basta che sia utile; basta, come dice Paolo, che sia fatta *ex justa ratione*, e come virtuale conseguenza del mandato. Se fosse avvenuto un sinistro, il mandante avrebbe sicuramente tratto profitto dall' assicurazione. Ed allora non è forse giusto ch'egli paghi il prezzo di un tale vantaggio (5)? « *Contrarium non postulaturus . . . non juste petis* (6). »

Vorrà forse opporsi ciò che abbiamo altrove insegnato, cioè che l' assicurazione non può esser fatta senza mandato (7)? Ma qui ciò che noi sosteghiamo è che la facoltà di fare l'assicurazione sia implicitamente contenuta nel mandato di sbrigare l' affare e di curarne il meglio.

La giurisprudenza inglese è uniforme al nostro modo di vedere (8). La giurisprudenza francese non deve mica addimostrarsi meno favorevole alle assicurazioni, le quali ànno tanta utilità e di cui inoltre il commercio approva sempre più quotidianamente la necessità e sviluppa la pratica.

Del rimanente la nostra decisione non ammetterebbe difficoltà se il mandante avesse ratificato l' atto del mandatario; per esempio, se costui, avendo scritto al mandante di aver fatta un' assicurazione, il mandante non avesse risposto per disapprovare la precauzione (9).

626. L'azione del mandatario contro il mandante sarebbe ammissibile maggiormente se quest'ultimo avesse egli stesso ordinata la spesa.

Ulpiano dà un curioso esempio di questa proposizione. Aurelio Quieto aveva scritto ad un medico suo amico, presso del quale andava in ogni anno a passare una parte dell'anno a Ravenna, di fare ne' suoi giardini diverse costruzioni, ad oggetto di trovarvi il comodo di prendere bagni caldi, di darsi ad esercizi ginnastici, e di meglio curare la sua saluto. Celso venne consultato sulla quistione di conoscere se il medico potesse ripetere con l'azione *Mandati* le spese che aveva fatte: ed egli rispose che era fondato, salvo per altro a diffalcare il valore de'miglioramenti che i suoi giardini avevano ritratto. Ulpiano è similmente di quest' avviso (10). E tutti lo troveranno conforme all' equità. Il medico non avrebbe fatto quelle spese se Aurelio Quieto non avesse richiesto che fossero fatte. Esse erano nel solo interesse della sua salute. In verità, la proprietà del medico ne aveva tratto vantaggio; ma il giureconsulto, per conciliare ogni cosa e non volendo che il medico si arricchisse a spese di Aurelio Quieto, decide che non potrà reclamare la plusvalenza che ne è derivata ai suoi giardini. Quanto al rimanente, ei trova giusto che Aurelio Quieto apporti il peso delle spese che il medico à fatto per suo ordine.

627. L' articolo 2001 (1970 LL. civ.) si occupa degl' interessi sulle anticipazioni fatte dal mandatario, e noi rinviamo ad esso.

628. Perchè il mandatario abbia diritto al suo rimborso non è mica necessario che l' affare sia riuscito (11). Il mandatario non è risponsabile del successo; egli risponde soltanto della sua buona fede, del suo zelo e della sua diligenza, o sia, come dice l' articolo 1375 (1329 LL. civ.) che può servire d' argomento nel rincontro, della *sua buona amministrazione*. Si è perciò che Africano decide che se il mandatario

(1) Marcello ed Ulpiano, l. 12, § 1, D., *Mandati* — Pothier, n° 75.
(2) *Loc. cit.*
(3) *Impendia*, dice Cajo, *mandati exsequendi gratia, facta*. L. 27, § 4, D., *Mandati*. — *Junge* Ulpiano, l. 12, § 9, D., *Mandati*.
(4) Argomento dall' articolo 1375 del Codice civile (1329 LL. civ.), l. 10, § 1, D., *Negot. gest.* Dice Paolo: *Sumptibus ex justa ratione factis*. L. 45, § 6, D., *Mandati*.
(5) Emerigon, cap. 5, sez. 6. p. 146.
(6) L. 24, C., *de solutionibus*.
(7) *Supra*, n' 562, e 620.
(8) Paley, p. 97. — I segg. Delamarre e Lepoitevin ne sono de' dubbi (t. 2, n° 314).
(9) Emerigon, l. 1, p. 145.
(10) L. 16, D., *Mandati*.
(11) Testo del nostro articolo. — Favre sulla legge 56., § 4, D., *Mandati*. — Africano, l. 17, D., *De in rem verso*. — Argomento dalla legge 2, § 7, D., *De contr. tutelae act.*, in cui dice Giuliano: *Sufficit tutori bene et diligenter gessisse, etsi eventum adversum habuit quod gestam est*. — L. 4, C., *Mandati*. — Mio comento delle *Società*, t. 2, n° 605.

prende in prestito per gli affari del suo mandante una somma di danaro che senza sua colpa gli vien rubata, il mandante debba indennizzargliene (1).

Poco importa ancora se l'opera ecceda ciò che il mandante avrebbe potuto probabilmente fare se avesse egli stesso amministrato l'affare. « *Nec ad rem pertinet*, dice Cajo (2), *quod is « qui mandasset, potuisset, si ipse nego- « tium gereret, minus impendere.* » Imperciocchè il mandato, ch'è un contratto di buona fede, dev' essere interpretato ancora di buona fede (3). Ora, è regola dettata dalla buona fede che il mandatario non rimanga in perdita: ma vi sarebbe per altro qualora, mediante un'investigazione troppo scrupolosa, si comparasse la sua reale gestione con una gestione possibile. Basta che la sua spesa sia stata fatta di buona fede perchè egli abbia diritto ad esserne indennizzato. E d' altra parte perchè mai il mandante non à effettuato l'affare di per sè stesso (4)?

In ciò il mandato differisce molto dalla gestione di negozi. Il gestore è rinchiuso in limiti più stretti di quei che abbia il mandatario per l'estensione delle spese; e se il gestore non avesse usato tutta la desiderabile economia nella condotta dell'affare, l'articolo 1375 (1329 LL. civ.) servirebbe di base per pronunziarne una riduzione (5).

629. Inoltre, la regola dell'articolo 1999 (1871 LL. civ.) soffre eccezione quando la convenzione delle parti è venuta a modificarla.

E però, decide Paolo potersi benissimo stipulare che il mandatario riceverà per l'indennità delle sue spese una somma determinata, e che, se spende di più, il sovrappiù sarà a suo peso (6). Questo patto altera senza dubbio la natura del contratto (7); ma non ne attacca l'essenza. Esso è lecito, ed à usuale nel commercio.

Talvolta la determinazione del salario è accompagnata dal patto che il mandatario non avrà nient'altro a pretendere per le sue spese(8).

In fine, l'articolo 1999 (1871 LL. civ.) non è fatto per lo caso in cui, essendo stata dalla stessa legge determinata la somma totale della spesa, il mandatario oltrepassi questa somma senza buona ragione.

A questo modo è stato giudicato riguardo ad un notajo che, in qualità di mandatario, aveva pagato al Conservatore delle ipoteche, per cancellazione delle iscrizioni che colpivano i beni del mandante, un diritto maggiore di quello stabilito dalla legge (9).

630. Il mandante non solamente deve rimborsare al mandatario le anticipazioni e le spese da costui fatte, ma deve pagargli ancora il suo salario (10); altrimenti il mandatario à una azione la quale dura trent'anni, salvo ciò ch'è prescritto dagli articoli 2272 e 2273 del Codice civile (2178 e 2179 LL. civ.) (11).

Nel diritto civile, il salario, generalmente parlando, deriva soltanto dalla convenzione che lo à determinato con oneste e moderate proporzioni. Il mandato è gratuito per sua natura (12); ed il nostro articolo a ciò appunto fa allusione quando aggiunge queste espressioni: *se lo abbia promesso.*

Nulladimeno, vi sono talune professioni civili, le quali, anche senza convenzione, ànno diritto ad un onorario. Possono essere allegati per esempio i notari, i patrocinatori, gli avvocati, ecc., ecc. (13).

631. Nel commercio, il salario è di diritto(14): e disopra ne ò esposte le ragioni (15). Ed allor quando le parti non lo ànno stabilito, esso vien regolato dalla consuetudine del luogo in cui il contratto è stato mandato ad effetto (16) o del luogo più vicino(17), o pure dall' equa determinazione del giudice (18).

Ordinariamente consiste il salario in un tanto per cento determinato anticipatamente ed indipendentemente da qualunque riuscita dell'affare (stabilito *à forfait*); e lo si calcola sull'ammontare lordo delle negoziazioni (19).

Allorchè il commissionario si fa assicuratore

(1) L. 17, D., *De in rem verso.*
(2) L. 27, § 4, D., *Mandati.*
(3) Favre sulla suddetta legge.
(4) Argomenta di ciò ch'io dico (*Società*, t. 2, n° 602). — Articolo 1986 del Codice civile (1858 LL. civ.).
(5) Delamarre e Lepoitevin, t. 1, n° 70, p. 119.
(6) L. 5, § 4, D., *De praescriptis verbis.* — Cujacio sul libro 5 delle *Quest.* di Paolo. — *Supra*, sull' articolo 1986 (1868 LL. civ.).
(7) Cujacio, *loc. cit.*
(8) Ulp., l. 10, § 9, D., *Mandati.*
(9) Cassaz., 19 gennajo 1831 (S., 31, 1, 158).
(10) Cujacio, sul titolo del Codice *Mandati.* — L. 6 e 7, D., *Mandati.* — L. 1, C., *Mandati.*
(11) V. il mio com. della *Prescrizione* su tali articoli.
(12) *Supra*, n° 154.
(13) *Supra*, 219.
(14) *Supra*, ni 244, 249, 229, 230. — Arresto della Corte di cassazione, camera de' ricorsi, del 17 febbrajo 1845. Rigetto d'un arresto della Martinica (Bidon contro Glandu).
(15) *Supra*, n° 240.
(16) Codice spagnolo, articolo 137. — Paley, p. 89. — Delamarre e Lepoitevin, t. 1, n° 109, e t. 2, n° 280.
(17) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 280.
(18) *Supra*, ni 246 e 228.
(19) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 294.

della solvibilità de' terzi e stipula la convenzione *del credere*, la prima d'assicurazione (1) deve aumentare necessariamente il consueto salario (2).

632. L'onorario, allor quando è stato determinato con la convenzione, può essere ridotto se eccede i limiti dell'uso e sembra esagerato. La giureprudenza conserva ai tribunali sì fatto sovrano diritto di revisione, diritto il quale deriva dalla stessa natura del mandato e dalle differenze che separano, la commissione dalla locazione di opere (3). O veduto assai sovente che i tribunali ànno ridotto le provvisioni esatte dai banchieri, quando esse oltrepassavano i limiti assegnati dall'usanza de' luoghi.

633. È dovuto il salario ancorchè l'affare non fosse riuscito (4). Il mandatario, eccetto se à stipulata la convenzione *del credere*, à promesso le sue cure e la sua diligenza; ma non si è mica costituito mallevadore della riuscita (5).

634. Ciò non ostante, poichè il mandato può esser fatto sotto condizione, giusta abbiamo di sopra osservato (6), è lecito di convenire che il commissionario non avrà il suo tanto per cento se non quando l'affare sia stato menato a buon termine. Anzi è un patto assai frequente quello di dare al commissionario un tanto per cento su le sole vendite effettuate, per modo che s'ei non vende cosa alcuna, non gli è nulla dovuto, tranne quando siasi riserbata una metà del diritto per le *vendite tentate*, siccome talvolta si pattuisce (7).

635. Il mandatario può esser privato del suo salario qualora si renda colpevole di dolo (8).

636. Ma si starà attento, nell'applicazione di questa pena, a farla cadere sui soli punti nei quali il mandatario sia in colpa; imperciocchè se esistessero nel mandato talune parti che fossero state convenevolmente amministrate, non sarebbe giusto che il mandante, il quale ne ritrae vantaggio, privasse il mandatario della sua ricompensa, col pretesto d'una cattiva gestione riferibile ad un'altra parte del mandato (9).

637. Del rimanente, si comprende che la nostra osservazione non dev'esser presa in considerazione se non se quando il mandato è divisibile e comprende molte operazioni separate e distinte. Ma se fosse indivisibile, la colpa del mandatario che cagionasse la perdita darebbe il diritto al mandante di non pagare alcun salario (10).

638. Per esempio, io v'incarico di comperarmi zuccheri e di spedirmeli col naviglio la *Concezione*. Voi, in vece di attendere alle mie istruzioni, caricate la spedizione sul naviglio il *Napoleone*, il quale naufraga nel viaggio. Avete trasgredito il mandato, e non vi è dovuto nessun salario, ancorchè aveste ben fatta la compra. La compra e la spedizione costituivano un'operazione indivisibile, e ciò che di male avete fatto nel terminare la faccenda cancella interamente ciò che di buono avete fatto *ab initio*.

639. Ma la cosa non anderebbe a questo modo nel caso in cui io v'incaricassi con lo stesso mandato di comperarmi e di spedirmi zuccheri in gennajo, febbrajo e marzo, mediante una mercede pagabile dopo l'intero ricevimento. Se le vostre compre e le vostre spedizioni di gennajo e di febbrajo sono soddisfacenti, non sarei mica fondato a privarvi del salario che ad esse è relativo, pel motivo che la vostra spedizione di marzo sarà stata cattiva: potrei privarvi solamente del salario risguardante l'operazione di marzo. Sì fatta diversità di soluzione fra questo caso ed il precedente deriva da ciò, che in questo ci à molte operazioni distinte, mentre che nell'altro ce n'era una solamente.

640. Talvolta il mandatario è obbligato di sostituirsi qualcuno cui deve pagare una mercede. La porrà egli a conto del suo mandante?

È d'uopo distinguere:

O la sostituzione è stata volontaria, ed allora il committente non è tenuto al pagamento di quella mercede: s et'a al mandatario di pagaro sul prezzo stabilito antecedentemente ed indipendentemente da qualunque riuscita dell'affare (determinato *à forfait*) tutte le spese che si ricongiungono all'esecuzione del mandato (11).

O pure la sostituzione era necessaria e forzata, ed il mandante deve, oltre il diritto di commissione appartenente al mandatario, il diritto spettante alla persona sostituita.

A cagion di esempio, un capitano di barca è incaricato della vendita d'una *paccottiglia* all'Avana, mediante il dieci per cento per tutte le spese. Egli giunge all'Avana: ma le leggi locali di quivi obbligano i capitani stranieri di affidarsi ad un negoziante del luogo.

Sosteneva il capitano, dinanzi al tribunale di

(1) *Il premio dell'assicurazione*, dice Casaregis parlando della prima dovuta nella convenzione *del credere* (*disc.* 56, nⁱ 4 e 20). — *Junge supra*, n° 373.
(2) Savary, n° 3. cap. 3.
(3) *Supra*, nⁱ 228 e 246.
(4) *Supra*, n° 251. — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 285.
(5) *Supra*, n° 628.
(6) N° 252. — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 283, e t. 1, n° 39.
(7) Vincens, t. 2, p. 135. — Delamarre e Lepoitevin, t. 2 nⁱ 290, 291.
(8) Dioclez. e Massim., l. *ult.*, C., *De condict. ob caus. dat.* — Gotofredo, *De salario* — Delamarre a Lepoitevin, t. 2, nⁱ 289, 292.
(9) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 292.
(10) *Id.*
(11) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 293.

commercio di Marsiglia, che la mercede alla persona sostituito era dovuta dal committente. Quest'ultimo, per contrario, pretendeva che egli, secondo il mandato, non doveva null'altro oltre il dieci per cento.

Il tribunale di commercio di Marsiglia giudicò in pro del capitano (1). Il caso era impreveduto: e non poteva supporsi che le parti avessero inteso di comprenderlo nel patto *per tutte le spese*.

641. Vediamo ora se è dovuto il salario allorchè l'affare per lo quale è stato fatto un mandato si trova impedito nella sua esecuzione per effetto d'una forza maggiore.

Nel nostro comento della *Locazione*, abbiamo trattata la questione per ciò che concerne la locazione di opere. Abbiamo fatte molte ipotesi, le quali potranno in questo luogo servirci di analogia (2).

642. La prima ipotesi si verifica quando la forza maggiore apporta un impedimento che colpisce la cosa, e toglie ancora che sia impresa o continuata.

Per esempio, io incarico il mio commissionario dell'Havre di noleggiare bastimenti per l'Inghilterra, con un tanto per cento di provvisione. Se una dichiarazione di guerra, conosciuta a tempo, impedisce il noleggio, io non debbo veruno salario; imperciocchè nessuna cosa è stata fatta, ed il mandato è estinto primo che si fosse potuto eseguirlo (3).

643. Avviene la seconda ipotesi allor quando la forza maggiore cade sul mandatario. I dottori sono soliti di dare per esempio il caso in cui un avvocato od un professore di diritto, per effetto della peste o di qualsiasi altra forza maggiore, è obbligato ad abbandonare la sua causa o la sua cattedra (4): e decidono che il suo onorario non gli è meno dovuto (5). Per verità, nel contratto di locazione di opere, quando viene a morire un servitore, non si deve mica la totalità de'suoi stipendi ai suoi eredi; ed il padrone rimane sciolto da obbligazioni col pagamento del *pro rata* (6). Ma non si deve trattare nello stesso modo professioni tanto onorevoli e tanto elevate quanto quelle di avvocato o di lettore. « *Ideoque*, dice Favre, *nobilius et mitius agendum est cum hujusmodi personis, ne tam* « *facile à bito honorario defraudentur* (7). » Si è per ciò che mentre le leggi romane autorizzano la ripetizione di quanto è stato pagato per lavori che il locatore di opere non à potuto effettuare (8), queste medesime leggi, piene di deferenza per i servigi più nobili degli avvocati e di altri simili, negano espressamente la ripetizione contro i loro eredi, eccetto se sia per colpa loro che non sia stato eseguito il mandato (9).

Questo è il riassunto delle dottrine insegnate dai comentatori del diritto romano. È egli giusto per altro che convenga accettarle senza modificazione?

644. Primo d'ogni altra cosa si presenta un'osservazione, cioè, che quelle leggi romane le quali si riferiscono alla nostra questione hanno considerato il solo caso di ripetizione di ciò che era stato pagato per anticipazione all'avvocato, ed è cosa affatto semplice che non abbiano accordata la ripetizione come la concedono nel contratto di locazione. Il prezzo deve, in fatti, misurarsi nella locazione di servigi sull'opera di cui il prezzo istesso è correlativo; se non ci à opera alcuna, non potrebb' esservi veruno prezzo; se l'opera non è stata data se non se in parte, in questa sola parte dev'essere pagato il prezzo: in somma, il prezzo deve portare la medesima proporzione dell'opera (10). Ma non bisogna applicare la stessa regola di calcolo in que' contratti che non risguardano la ricompensa qual equivalente del lavoro (11). L'onorario, non essendo misurato affatto sulla sola opera, non potrebb' essere ripetuto col pretesto che l'opera non è stata fatta per intero.

645. Ma convien forse che una tale decisione delle leggi romane, eccellente nel caso speciale di ripetizione, sia esteso al caso in cui non ci à per anco il pagamento di cosa alcuna? e potrà mai il mandatario pretendere giudiziariamente la convenuta ricompensa, quando un impreveduto avvenimento che colpisce la sua

(1) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 295.
(2) T. 3, n° 871 e segg.
(3) Casaregis, *disc.* 22, n° 15 e 24.
(4) Argomento dalla legge 16, § 6, D., *Loc. cond.*; e dalla legge 5, D., *De cond. causa data.*
(5) Argomento dalla legge 1, § 13, D., *De extraord. cognit.* (Ulpiano). L. 38, D., *Loc. cond.* (Paolo). L. 11, C., *De condict. ob causa data.* (Diocl. e Massim.).— Bartolo sulla legge 15, § 6, D., *Loc. cond.*—Paolo de Castro, *id.* — Favre su questa legge, e sulla legge 38, D., *Loc. cond.* — Casaregis, *loc. cit.*
(6) Mio com. della *Locazione*, t. 2, n° 874 e soprattutto il n° 878
(7) Sulla legge 15, § 6, D., *Loc. cond.*
(8) L. 15, § 6, D., *Loc. cond.*: « *Merito hanc vecturam repetere.* »
(9) Mio comento della *Locazione*, t. 3, n° 878. — L. 1, § 13, D., *De ext. cognit.* — L. 38, D., *Loc. cond.* — L. 11, C., *De condict. ob causa data.*
(10) Favre, sulla legge 15, § 6: « *Probabilius mihi videtur quod Castrensis noster magis probat aliud* « *esse deberi pecuniam ex contractu locationis, quo casu, merces pretium quodammodo est operae vel usus,* « *ideoque si non praestatur opera vel usus, nec merces deberi potest, quae est correlativa.* »
(11) *Id*: « *Aliud vero est deberi pecuniam ex contractu innominato quamvis pro opera; quia tunc pe-* « *cunia non censetur esse pretium operae, nec cum illo commensuratur eodem modo quo in contractu lo-* « *cationis, ut Castrensis loquitur.* » — Argomento dalla legge 10, C., *De condict. ob causa data.*

persona gli toglie il modo di mandare ad effetto la materia del mandato? Io non ne credo per niente. Altra cosa è la ripetizione, altra cosa è l'azione, ed assai spesso è lecito, in diritto, di ritenere quello che in giudizio non potrebb' essere convenevolmente domandato (1). Che! il mandatario il quale pretende essere in officio il suo ministero, ed à il nobile orgoglio di volere che nella sua funzione esista disinteresse, generosità, attaccamento ed amicizia, il mandatario, io dico, anderà a reclamare un onorario per servigi che non à mica renduti? Non sarebbe ciò lo stesso che distruggere tutte le idee che bisogna attaccare al mandato? e ciò forse non lo abbasserebbe al di sotto del contratto di locazione?

646. Nulladimeno, se il servigio domandato al mandatario fosse tale che, quantunque non interamente prestato, fosse stato preparato con atti i quali fossero tornati ad utilità del mandante, io vorrei che quest' ultimo indennizzasse il mandatario del tempo e dello zelo che ne avesse impiegato (2).

647. Per la qual cosa, se un professore si fosse assunta l'obbligazione di educare un giovanetto mediante il tale onorario, e la sua salute gl' impedisse di condurre a termine questa incumbenza, sarebbe giusto ch' ei venisse ricompensato; imperciocchè queste cure ànno apportato utile all'alunno, e sono state un vantaggio per costui.

648. Ma allor quando gli atti preliminari non sono tornati in utilità del mandante, il mandatario che si trova impedito da una causa personale non è fondato a pretendere un' indennità dal mandante.

Io prego un pittore di fare il mio ritratto per 1000 franchi. L'artista prepara la tela ed i colori: ma quando ancora il suo lavoro è appena abbozzato, cade ammalato, e muore. Io non debbo cosa alcuna ai suoi eredi per sì fatta opera imperfetta la quale non mi è di nessuna utilità.

649. L'onorario è talvolta stabilito ad un salario mensile. Il momentaneo impedimento che pone il mandatario nell' impossibilità di attendere al suo officio non costituisce un motivo di riduzione: infinoattantochè non è rivocato il mandato, debb' esser pagato l' onorario senza alcuna diminuzione. Cade ammalato un professore, e non fa il suo corso d' istruzione; il suo stipendio non vien tocco da questa forza maggiore (3). L' onore delle professioni liberali richiede nel caso di mandato ciò che l' umanità à spinto a fare nel caso di locazione (4).

650. À luogo la terza ipotesi quando la forza maggiore viene a colpire il mandante.

Nel contratto di locazione, le leggi romane decidono che l' infausto avvenimento ond' è colpito il padrone non dee reagire sul servo, eccetto se quest' ultimo potesse trovare altrove come impiegare il suo tempo. Ma noi abbiamo osservato nel nostro comento dell'articolo 1781 (1627 LL. civ.) (5), come la pratica abbia interpretato quelle regole in questo senso, che faccia d' uopo seguirle solamente quando la cose non sono più intere; ma che, generalmente parlando, quando le cose sono intere, il servo non à diritto al prezzo convenuto; che è a dirsi lo stesso quando la convenzione fa supporre essere stato il prezzo subordinato all' intero compimento dell' opera; e finalmente che questa clausola è ammessa agevolmente.

651. Ma sì fatte distinzioni debbon essere conservate nel contratto di mandato salariato?

Si comprende come nella locazione, in cui spesso avviene che il prezzo è modico ed è diretto a persone bisognose, siasi data alla convenzione un' interpretazione favorevole a queste persone; e ciò non ostante abbiamo osservato con quali temperamenti la domanda del servo può venire ad essere circoscritta e sminuita. Deve supporsi a maggior ragione nel contratto di mandato che l' onorario sia stato subordinato alla conclusione dell' operazione. L' onorario è contro la natura del mandato, il quale è gratuito; quindi è che per questa sia possibile conviene ammettere le interpretazioni che allontanano dalle domande del mandatario ogni ombra di avidità e di rigore. Pietro incarica un gran pittore di fargli il suo ritratto per 10,000 franchi; ei muore dopo il cominciamento del lavoro, ma pria che questo sia terminato, e senza che sia possibile di ultimarlo. Mostrerebbe il pittore un'avarizia indegna dell'arte sua ove insistesse per conseguire l' intero pagamento de' 10,000 franchi: questi non gli sono dovuti; ei può esigere soltanto una proporzionata indennità (6).

652. Dev' essere preveduta una quarta ipotesi, la quale è particolare al mandato, e si verifica allorchè questo è stato rivocato per volontà del mandante.

Se ne è presentata la quistione dinanzi la Corte reale di Bordò.

Delmestre era stato incaricato della spedizione di molti navigli mediante una senseria del 2 per cento a tonnellata. Egli aveane spediti tre, e rimaneva a caricare un quarto (il *Talma*), allor quando gli armatori rivocarono

(1) Ulp., l. 1, § 5, D., *De extraord. cognit.*
(2) Argomento dalla legge 5, D., *De condict. causa data.*
(3) Casaregis, *disc.* 22, nⁱ 15 e 24.
(4) Mio com. della *Locazione*, t. 2, nº 874.
(5) Mio com. della *Locazione*, t. 3, nº 879.
(6) *Junge* l'arresto che citiamo al numero seguente e che serve in questo caso di potente argomento.

il loro mandato. Si elevò la quistione di conoscere, se per quest' ultimo naviglio la cui spedizione era stata impedita, fosse dovuta al commissionario il 2 per 100 a tonnellata. I periti furono d' opinione che questa 2 per cento dovess' essere accordata; ma il tribunale di commercio ne pensò diversamente, ed in cambio di attribuire il 2 per 100 a tonnellata concesse a Delmestre un solo compensamento per le sue cure.

Sull'appello, la Corte reale pronunziò nel 19 luglio 1831 un arresto concepito ne' seguenti termini:

« Atteso, quanto al conto relativo al naviglio « il *Talma*, che Delmestre è diritto ad onorari per la nota di 129 tonnellate e 18 centesimi, cioè: 78 tonnellate e 23 centesimi caricati da**, e 50 tonnellate e 95 centesimi caricati da diversi; che se la senseria del 2 per 100 non gli è dovuta nella totalità, perciocchè è egli cessato dalle sue funzioni pria che fosse terminata l' operazione, gli è dovuta un' indennità per i fastidi e per le cure che avute all' uopo prima della sua rivocazione; e che sì fatta indennità è stata giustamente determinata dai primi giudici (1). »

Questa decisione è approvata dai sigg. Delamarre e Lepoitevin (2), e noi del pari approviamo. Il mandante deve conservare il diritto di rivocare *ad nutum* la sua procura; ed è cosa evidente che un tale diritto verrebbe a trovarsi renduto vano per effetto dell'obbligazione di pagare per intero l' onorario o il salario, quantunque non fosse terminata l' operazione.

D' altra parte, il mandatario à dovuto aspettarsi tale rivocazione, e non à dovuto contare sulla totalità dell' onorario se non in quanto l'affare sarebbe stato condotto a termine: stava a lui il poter stipulare che avrebbe conseguito la totalità dell' onorario mediante il solo fatto del suo ingerimento nell' affare. Di che mai potrebbe inoltre dolersi dappoichè lo si indennizza proporzionatamente della sua opera e del suo tempo?

653. Faremo termine con una importante riflessione. L' articolo 1999 (1871 LL. civ.) si occupa specialmente del caso in cui il mandatario à fatto spese. Ma, per buona regola, il mandante non deve lasciarlo mica dispendiare per l' esecuzione del mandato: egli è tenuto a facilitargli sì fatta esecuzione mettendo a sua disposizione i fondi necessarî (3); e qualora ciò non faccia, il mandatario può costringervelo con l' azione *mandati contraria* (4). Abbiam notato *supra* (5) un lato di tal principio ed una sua eccezione. Un esempio somministrato da Paolo terminerà di porla in luce (6).

Io vi ò fatto il mandato di comperare il fondo Corneliano, ma non vi ò spedito il danaro necessario per pagare il venditore. Avrete voi contro di me l' azione *mandati contraria* sol quando avrete soddisfatto il venditore co' vostri propri danari? Bisognerà forse che vendiate il vostro patrimonio per eseguire l' incarico che vi ò dato? Per nulla: vi competerà l' azione *mandati contraria* per costringermi a trasmettervi i fondi necessarî (7).

Articolo 2000 (1872 LL. civ.).

Il mandante deve parimente indennizzare il mandatario delle perdite da questo sofferte all' occasione delle assunte incombenze, quando non gli sia imputabile colpa alcuna (a).

(1) Dal., 32, 2, 172, 173.
(2) T. 2. n° 290.
(3) Ulp., l. 12, § 12. D., *Mandati.*
(4) Paolo, l. 45. D., *Mandati.*
(5) Ni 379 e 380.
(6) L. 45 sopra citata.
(7) *Junge* Marcello, l. 38, D., *Mandati*; e 'l mio comento della *Fidejussione*, n° 380.

(a) Leggi civili. L' articolo 2000 del Codice civile corrisponde all' articolo 1872 delle Leggi civili concepito come segue:

« Il mandante deve parimente far indenne il mandatario delle perdite dal medesimo sofferte per occasione « delle assunte incumbenze, quando non gli si possa imputare alcuna colpa. »

Leggi romane. Il mandante era tenuto al risarcimento de' danni che per sua colpa erano derivati al mandatario: l. 61, § 5, D., *De furtis*. Ma non doveva compensare quelli ch' erano avvenuti per caso fortuito: l. 26, § 6, D., *Mandati*. (*Edit.*)

SOMMARIO.

COMENTO.

654. L'art. 1999 (1671 LL. civ.) à trattato delle spese e delle anticipazioni fatte dal mandatario, non meoo che del suo onorario. Il nostro articolo si occuperà delle perdite ch'egli à sofferte per occasiooe dell'assunta gestione (1).

Come il mandatario non deve ritenere cosa alcuna di ciò ch'è compreso nella sua gestione, del pari ci non deve soffrire veruna perdita per occasione della stessa gestione. Il nostro articolo è il correlativo dell'art. 1993 (1865 LL. civ.). Paolo à conciliato nel medesimo testo questi due contrapposti: « *Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet* (2). » La giustizia di uoa tale regola è sì manifesta e sì palpabile, che basta proporla per reoderla convincente.

655. Secondo Pothier, è necessario distinguere se il mandato è stato la causa, o se è stato solamente l'occasione delle perdite sofferte del mandatario. Nel primo caso, ei riconosce che il mandatario debb'essere fatto indenne; ma nel secoodo, val dire se il mandato è stato soltanto l'occasione della perdita, ei pretende che il mandante non sia tenuto a corrispondere veruna indennità (3).

In aumento di sì fatta distinzione, ripetuta molte volte nelle sue opere (4), Pothier cita il mentovato testo di Paolo (5). Uo mandatario è assalito e rubato in un viaggio che faceva per l'esecuzione del suo mandato; o pure, perde qualche cosa in un naufragio di cui è vittima nelle stesse circostanze; od anche, cade ammalato per via, e fa spese per sè e per i suoi. In tutti questi casi, dice Paolo, il mandante non dev'essere affatto astretto. Sinistri di tal natura sono anzi l'effetto dell'azzardo che una coosegueoza del mandato: « *Haec magis casibus quam mandato imputari debent.* »

656. Si è perciò che Cujacio ci fa cooosce re come Giovanni Andrea, dottore di diritto canooico a Bologna, essendo stato inviato al papa il quale allora residova in Avignono con una diplomatica missione conferitagli dalla città di Bologna e dal Cardinale Gille (6), fu arrestato e spogliato da una banda di ladri io Italia. Egli domandò un'iodennità alla città di Bologna; ma il collegio dei dottori bolognesi decise col testo di Paolo, che noo gli era dovuta cosa al-

(1) Pothier, n° 75. — *Infra*, articolo 2028 (1990 LL. civ.). — Mio comento della *Fidejussione*, n° 341.
(2) L. 20, D., *Mandati*. — *Junge* Ulp., l. 15, D., *Mandati*. — Argomento dalle leggi 10, *De regulis juris*. — L. 7, D., *De commodo et peric. rei venditae*. — L. 61, § 5, D., *De furtis*.
(3) N° 76.
(4) V. il suo contratto di *Cambio*, n° 97.
(5) L. 26, § 6 e 7, D., *Mandati*.
(6) Egidio.

cuna: « *Fortunae imputanda sit, non mandato negotio* (1). »

657. Intanto noi abbiamo osservato nel nostro comento della *Società* (2) che in un simil caso la giurisprudenza romana, dopo una lotta fra i Sabiniani ed i Proculeiani, era terminata con l'ammessione dell'opinione de' primi, e con considerare i danni di quel genere siccome quelli che vanno a peso della società (3).

Perchè mai questa differenza fra due contratti ne' quali la buona fede deve regnare con pari impero ?

658. Il presidente Favre trova troppo gravosa la decisione di Paolo : *Mihi tamen duriuscula videtur haec Pauli sententia*. Gli oppone una decisione espressa da Africano e più conforme all' equità, la quale è positivamente renduta in materia di mandato, ed à elevato a regola generale che ogni qualvolta il mandatario può allegare com' egli non avrebbe sofferto il danno se non avesse accettato il mandato, è giusto ch' ei sia indennizzato. « *Justissime enim allegare non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset* (4). » Favre pretende adunque con Accursio che debba darsi la preferenza a questo testo di Africano, purchè però sia comprovato che il mandatario non avrebbe sofferto quei sinistri senza la esistenza del mandato ch'egli eseguiva.

In tal modo, secondo pare al presidente Favre, Paolo si trova posto in opposizione con le regole del contratto di società, ed in opposizione con gli stessi principi del mandato stabiliti da Africano: Paolo deve soccumbere.

659. Meno severo è Pothier, il quale cerca conciliare i testi e salvare le antinomie. Ecco la sua ingegnosa interpretazione.

Le leggi romane che trattano della società, quando ànno dichiarato che la perdita sofferta dal socio rubato nel suo viaggio è una perdita sociale, àano inteso che il luogo in cui il socio è stato rubato fosse un luogo infestato da ladri e manifestamente pericoloso, pel quale il socio non si sarebbe esposto a transitare se non vi fosse stato obbligato dagli affari della società. L'amministrazione sociale è adunque la cagione del rischio; essa è la cagione della perdita : e però la società deve indennizzare il socio.

Ma. nella legge 26, § 6, D., *Mandati*, il luogo in cui è stato rubato il viaggiatore non era nè più nè meno pericoloso di un altro; laonde non si può dire affatto che il mandatario incaricandosi del viaggio si sia esposto ad un rischio che fosse una dipendenza di tale gestione. L'incumbenza è stata forse l'occasione della perdita, ma non ne è stata mica la cagione : « *Magis casibus imputare oportet*. »

Pothier applica lo stesso argomento al caso di naufragio.

Si fatta spiegazione può sembrare speciosa a coloro che credono fermamente non contenere il corpo di diritto alcuna antinomia. Quanto a me, io credo cosa naturale una discrepanza di opinione fra giureconsulti chiamati a dare il loro avviso sopra materie tanto difficili, quanto son quelle che il diritto sottopone alle loro investigazioni. Il perchè io ammetto l'antinomia, la quale mi sembra meno una macchia che il necessario risultamento della indipendenza d'opinione fra i grandi giureconsulti di Roma. E relativamente ai tentativi di conciliazione, si in moda per lo passato, e che àn fatto spendere tanta arte e tanto ingegno ai Passeribus (5) e ad altri, io ne fo quel conto che conviene. In conseguenza lascerò Pothier con i suoi trovati sottilesi, la mercè de' quali ei viene in aiuto ai testi, e ai quali i testi stessi non si prestano forse con molta facilità.

660. Ciò che a me sembra chiaro si è, che il nostro articolo abbia positivamente riprovata la sua distinzione fra le perdite di cui è *causa* il mandato, e quelle di cui il mandato è solamente l *occasione*. Il nostro testo vale più di quello di Paolo : ora io credo che Paolo non à rinvenuto maggior favore presso i compilatori del Codice civile, che presso Accorsio e 'l presidente Favre. Il Codice attende pochissimo alle suddette distinzioni fra la *causa*, e l'*occasione*; e non vi attende in materia di mandato per quanto non vi à riguardo in materia di deposito. Esso, conseguente a sè stesso, à posto l'art. 2000 (1872 LL. civ.) in perfetto accordo con l'art. 1947 (1819 LL. civ.) (6). Per esso vien prescritto che l'*occasione* non debba essere considerata meno della *causa*, e niuna cosa è più giusta ogni qualvolta una tale occasione si troverà congiunta all' esecuzione del mandato, ed ogni qualvolta il rischio ed il danno saranno *inseparabili* (come dice l'art. 1852 del Codice civile (1724 LL. civ.)) dalla gestione del mandatario.

661. Del rimanente, la pruova di ciò che la conciliazione di Pothier potrebbe agevolmente non essere del tutto soddisfacente e che vi è

(1) Cujacio, su questa legge, nel comento della legge 32 di Paolo, *Ad edict*. — V. *infra* n° 666 un arresto del parlamento di Parigi in senso opposto a tale decisione.

(2) T. 2, n° 606 e 607.

(3) Pomponio, l. 60, § 1, D., *Pro socio*. — Ulpiano, l. 61, D., *Pro socio*. — Soprattutto la legge 52, § 4, D., *Pro socio*, la quale è di Giuliano.

(4) L. 61, § 5, D., *De furtis*.

(5) V. il suo dotto libro intitolato : *Conciliatio legum*.

(6) Mio comento del *Deposito*, n° 188.

stato dissenso fra i giureconsulti romani, viene somministrata dal seguente caso:

Voi, per effetto di mio mandato, avete comperato uno schiavo, e questo schiavo vi à rubato senza che vi sia vostra colpa. Dovrò io indennizzarvi? Senza alcun dubbio, risponde Africano. Ed in vero, non è forse avvenuta una tale perdita per conseguenza del mandato (1)? Paolo, per contrario, pretende che si faccia una distinzione: Il mandante, se non abbia commesso veruna colpa, sarà esente da qualunque obbligazione con abbandonare lo schiavo al mandatario per intera riparazione; ma sarà passibile de' danni ed interessi solamente quando abbia saputo che lo schiavo era ladro e non ne abbia avvisato il mandatario (2).

E bene! io domando: Paolo non è egli conseguente, io questo caso, all' idea che Pothier cercava ora di attenuare? E ciò non è forse, sotto altra forma, quel principio cha veniva da Favre chiamato *duriuscule?*

Inutilmente Cujacio si fa ad osservare che ci à vari gradi nell' equità (3), e che Africano à preferito l' equità più lata (4) mentre che Paolo à atteso ad un' equità più stretta (5). Non è meno indubitato che Paolo non è mica d' opinione conforme ad Africano sulla nostra questione di risponsabilità; e non è meno indubitato che per tale questione non es'sto affatto l' unanimità dei giureconsulti romani segnata da taluni interpetri. Cujacio lo riconosce in espresso modo (6). Il perchè non veggo per qual motivo si verrebbe a ricever danno per pruovare come ciò che Paolo à scritto sul mandato non sia in opposizione con quello che Giuliano ed Ulpiano anno scritto sulla società.

662. Quanto alla soluzione che sotto l' impero del nostro articolo debbe avere la questione esaminata da Paolo e da Africano, è cosa inutile di dire che non potrebbe esser dubbia, o che la decisione d' Africano dev'essere la nostra regola. Il mandato è stato l' occasione della perdita sofferta dal mandatario: senza il mandato, costui non avrebbe sperimentato alcuna perdita: « *Non fuisse damnum passurum si* « *mandatum non suscepisset* (7). » Una tale perdita, in somma, è inseparabile dalla sua gestione (8). Quindi il mandante è tenuto a rifarla.

663. Ben si ravvisa che ciò rimena la difficoltà a chiarissime espressioni; e se si paragona questa teoria a quella di Pothier si rimarrà convinto della superiorità della prima sulla seconda. Ne è, inoltre, tanto semplice l' applicazione per quanto complicata è l' altra ed intrigata di distinzioni.

Suppongbiamo, a cagion di esempio, che io sia da voi incaricato di fare per vostro conto qualche compra a Lione. Sono assalito io questa città da una febbre la quale mi ritiene nel letto per molti mesi e mi fa soffrire considerevoli perdite. Dovrete voi indennizzarmene? No, certamente; imperciocchè non è pruovato menomamente che quella febbre sia la conseguenza inseparabile dell' esecuzione del mandato. Forsi ne aveva il germe in me stesso, e probabilmente sarei caduto ammalato in casa mia nella stessa guisa che mi sono ammalato a Lione. Questo adunque è il caso di dir con Paolo; « *Hoc casibus, magis quam mandato, impu-* « *tari debet* (9). »

664. Ma è tutt' altra cosa qualora, nell' ipotesi suddetta, ed allorchè mi trovo in viaggio per la mia destinazione, ribalti la carrozza e mi si rompa un braccio. In questo caso l' esecuzione del mandato è l' occasione del mio infortunio. Debbo essere indennizzato: « *Non* « *damnum passurum si mandatum non susce-* « *pisset.* » La ragione della soluzione ci viene assegnata da Africano.

665. Altro esempio.

Pietro invia Francesco in Algeria per menare a termine un affare: nel tragetto sopraggiunge una tempesta per effetto della quale Francesco perde tutto il suo bagaglio. È evidente, che che ne dicesse il giureconsulto Paolo, che questa perdita deve ridondare a carico del mandante; giacchè essa si ricongiunge all' esecuzione del mandato, e n'è inseparabile, chè se Francesco fosse rimasto in casa sua non gli sarebbe avvenuta una simile disgrazia.

666. Ne sarebbe la stessa cosa se Francesco fosse stato spogliato dai Beduini in una gita impresa per gli affari del mandante. Charondas riferisce un arresto del parlamento di Parigi del 1° febbraio 1578 (10), in cui vedesi che Francesco Simon, institore di Giacomo Bigot, essendo stato rubato dai ladri, fu non solamente liberato dal pagamento delle somme appartenenti al mandante che gli erano state rubate, ma eziandio indennizzato da Giacomo

(1) L. 61, § 5, D., *De furtis.*
(2) L. 26, § 7, D, *Mandati.*
(3) Sulla legge 26, § 7, D, *Mandati*, al libro 32 di Paolo, *Ad edict.*
(4) *Ex aequitate quadam summa et majori.*
(5) *Non ex rigore, sed ex minori quadam aequitate.*
(6) *Junge* Favre sulla legge 26, § 7, D., *Mandati.*
(7) *Supra*, n° 658, testo di Africano.
(8) Articolo 1852 del Codice civile (1724 LL. civ.).
(9) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 318.
(10) *Pand*, lib. 2, cap del *Mandato*, e *Responsi*, lib. 7, cap. 186. — Maynard, lib. 4, cap. 16. — Despeisses, *Mandato*, t. 4, sez. 4, *octavo.* — *Junge* Toubeau p. 127.

Bigot delle perdite personali cagionategli da quel furto.

Donde emerge che il parlamento di Parigi non era tanto attaccato quanto i dottori di Bologna al testo della legge 26, § 6, D. *Mandati* (1).

667. Isacco Guibert nipote, viaggiando per conto di suo zio Guglielmo Guibert, fu catturato da pirati barbareschi. Essendo stato riscattato dai suoi parenti, mediante una somma di 1200 lire, il suo mandante Guglielmo Guibert fu condannato a rimborsare tale somma con arresto pronunziato dal parlamento di Parigi nel 16 febbraio 1605 (2).

Esiste un arresto uniforme del parlamento di Bordò in data del 30 aprile 1630 (3). Fiton comandava, per conto di Esteben mercante di Bordò di cui quegli era fattore, un naviglio carico di vino. Fu preso dai Turchi e fu messo in ischiavitù. Durò quattro anni la sua cattività; ed al finire di questo tempo ei venne riscattato mediante 780 lire. Al suo ritorno, istituì un' azione d' indennizzazione contro i rappresentanti d' Esteben, ed il parlamento gli attribuì 1000 lire per i danni da lui sofferti.

Despeisses riporta arresti della Corte degli aiutanti (*des aides*) di Monpellieri, del 22 aprile e del 26 giugno 1585 e del 13 agosto 1641, che condannarono certi comuni a sopportare il prezzo del riscatto di delegati che avevano avuta la commissione di andare a sostenere le loro liti, e ch' erano stati catturati per viaggio da quelli del partito contrario (4).

Si rinvengono simili arresti del parlamento di Tolosa (5), del parlamento di Digione (6), e del parlamento d' Aix (7).

Pothier non à tenuto molto conto di questi importanti monumenti della giurisprudenza francese.

668. Sarebbe stata diversamente la cosa se il mandatario avesse viaggiato per altri affari a lui personali. In tal caso non sarebbe stato possibile di opporre al mandante la ragione decisiva: « *Non fuisse damnum passurum*, *si* « *mandatum non suscepisset* (8). » Si deve allora dir con Paolo che un tale avvenimento entra piuttosto nel numero de' casi fortuiti che nelle conseguenze del mandato.

669. Ma vengono a scomparire tutt'i dubbi nel seguente caso giudicato dalla Rota di Genova (9), ove appare la responsabilità con una tale evidenza da far venir meno tutte le controversie, perciocchè il danno vi si appresenta come una necessaria conseguenza del mandato.

Agostino faceva in Algeri operazioni di commercio per mandato e per commissione di Andrea Costa (10). Un certo Nicola Gadacio, agendo per ordine dello stesso Andrea Costa, ebbe bisogno di danaro per comperare talune mercanzie e per riscattare certi schiavi: a fine di conseguirne, ei diede in ostaggio Agostino a taluni mercanti africani, la cui usanza a quell' epoca era di prestare i loro fondi ritenendo per assicurazione un fattore del mutuatario. Agostino, volendo al finire di un certo tempo far cessare la sua detenzione in Algeri, chiamò in giudizio i rappresentanti di Costa, tanto perchè estinguessero la sorte principale del debito per effetto di cui era ritenuto in ostaggio, quanto perchè lo facessero indenne di tutte le perdite da lui sofferte ne' propri suoi affari durante il tempo di quella specie d' ipoteca personale. La Rota trovò ben fondata la sua domanda, e condannò l' eredità di Andrea Costa a fargli ragione del *lucrum cessans* e del *damnum emergens* (11).

670. A maggior ragione converrebbe indennizzare il mandatario quando costui fosse stato vittima della perdita per colpa o per malizia del mandante.

Un fidejussore paga il creditore, non sapendo che il debitore da lui mallevato aveva già estinto il debito. Egli avrà azione, senza alcun dubbio, contro questo debitore agli ordini del quale à obbedito quando si è costituito fidejussore. Quest'ultimo è quello ch'è cagione del pagamento da colui fatto senza necessità, lasciandogli ignorare che non ci era più debito da soddisfare. Il debitore doveva conoscere che il fidejussore non poteva conghietturare questo fatto; doveva anzi rendernelo consapevole (12).

Un tale, proprietario di diamanti falsi, incarica un commissionario residente in Barbaria di procurargliene la vendita. Questi ignorava che i diamanti non erano veri: ma il committente conosceva positivamente come audas-

(1) Vedete in fatti *supra*, n° 656, il caso riportato da Cujacio.
(2) Peleus, *Quest. illustr.*, p. 137. — Automne sulla legge 10, D, De *negot.* gest. — Despeisses, *loc. cit.* — Toubeau, p. 127.
(3) Toubeau.
(4) *Loc cit.*
(5) Maynard, *loc. cit.*
(6) Bouvot, 1 2, q. 10. V. *Furto.*
(7) Stefano de Saint-Jean, *decis.* 7, e Despeisses, *loc. cit.*
(8) Arresto del parlamento di Parigi, riportato da Leprêtre e da Toubeau.
(9) *Decis* 178.
(10) *De commissione et mandato illius.*
(11) N° 3.
(12) Ulpiano, l. 8, § 6, D., *Mandati.* — E Favre ne' suoi *Rationalia* su questo testo.

se la cosa. Il commissionario li vende al Dei per una somma considerevole. Quest' ultimo si accorge subito d' essere stato ingannato; fa prendere ed imprigionare il commissionario, e confisca pure tutt' i suoi beni. Il commissionario, il quale à agito in buona fede ed a cui il mandante à lasciato ignorare la falsa qualità de' diamanti, avrà egli azione contro costui? Non si può affatto dubitarne, e questa volta noi abbiamo lo stesso Paolo per la nostra opinione (1). Il committente à teso un laccio al suo commissionario; è egli la cagione della sua rovina: però deve risarcirla (2).

671. Si è domandato se i principî che abbiamo fin qui esposti sulla rifazione delle perdite sofferte dal mandatario sieno applicabili del pari nel caso in cui il mandato è salariato e negli altri ne' quali questo è gratuito.

Per principio, è indubitato l' affermativa (3). La legge non fa alcuna distinzione. Abbiamo inoltre osservato che la giureprudenza à attribuito il ristoro de' danni ed interessi in casi nei quali il mandato era salariato; e se fosse necessario di aggiungere altri esempî, citerei diverse dissertazioni nelle quali Scaccia stabilì che quello sul quale è stata tratta una lettera di cambio e che, come si conosce, è il mandatario del traente (4), à l' azione *mandati contraria* contro lo stesso traente (quantunque abbia di diritto una provvisione), in tutt' i casi in cui il mandato di pagare la lettera di cambio è per lui la causa o l' occasione di qualche perdita.

Per la qual cosa, Scaccia vuole (5) che se il portatore falsifica la lettera di cambio, e vi scrive una somma maggiore di quella che vi è contenuta (e ciò con tant' arte da ingannare una persona accorta ed esercitata), il banchiere su cui la lettera è tratta, il banchiere mandatario del traente, abbia contro quest' ultimo un'azione per farsi indennizzare di ciò che à pagato in più di quanto la lettera conteneva; imperciocchè, senza di ciò, egli soffrirebbe un pregiudizio per occasione del mandato, e *mandator debet refundere mandatario quidquid inculpabiliter obest ex causa mandati* (6).

672. Nulladimeno, bisogna consultare le circostanze per vedere se, attribuendo un salario al mandatario, si è inteso che le perdite derivanti dall' esecuzione del mandato resterebbero a suo peso.

Per esempio, un inviato straordinario diplomatico ovvero un ambasciadore, il cui stipendio è determinato con larghezza dallo Stato, non sarebbe ammesso a piatire per essere stato rubato in viaggio, o pure per aver perduto gli effetti mobiliari in un tragetto di mare.

Il presidente Favre riferisce nel suo Codice che il procuratore d'una corporazione religiosa, viaggiando per gli affari del suo ufficio, perdette nel viaggio il suo cavallo, e chiese d'esserne rifatto. Una decisione del senato di Sciamberì giudicò che non vi era affatto fondato (7). Ed in vero, un caso di tal natura è nel numero di quelli per i quali si considera aver voluto il contratto che il mandatario si tenesse per indennizzato dal suo stipendio.

673. Del rimanente, è chiaro che se le perdite sofferte dal mandatario derivassero da sua colpa ovvero da sua imprudenza, egli non sarebbe ammesso a pretenderne l' indennità dal mandante (8).

Laonde un banchiere, se paga imprudentemente una lettera di cambio ad uno che l' à rubata, e poteva essere da lui verificata la non identità di questo col vero proprietario, non avrà mica contro il traente l' azione *mandati contraria* (9).

Articolo 2001 (1873 LL. civ.).

Il mandante deve corrispondere al mandatario gl' interessi delle somme da lui anticipate, dal giorno del comprovato pagamento delle medesime (a).

(1) L. 26, § 7, D., *Mandati*.
(2) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n[i] 317 e 318.
(3) *Id*, n° 318. — Duranton, t. 18, n° 269.
(4) *Supra*, n° 55.
(5) § 2, *glos*. 5, q. 15.
(6) Pothier è di contrario avviso per effetto della sua distinzione fra la causa e l' occasione (*Contratto di cambio*, n° 97).
(7) Codice, lib. 4, t. 2[5], def. 29.
(8) Paolo, l. 26, § 7, D., *Mandati*. — Testo dell' articolo 2000 (1872 LL. civ.).
(9) Pothier, *Cambio*, n° 104.

(a) Leggi civili. L' articolo 2001 del Codice civile corrisponde all'articolo 1873 delle Leggi civili espresso ne' seguenti termini:
« Il mandante dee al mandatario gl' interessi delle somme che costui ha anticipate, dal giorno in cui si « verifica essersi fatto il pagamento. »
Ci permettiamo osservare che le parole *dal giorno in cui si verifica essersi fatto il pagamento* contenu-

SOMMARIO.

674. Dell' interesse sulle anticipazioni fatte del mandatario. Il mandante ne è debitore dal giorno del compruovato pagamento.
Origine di questa disposizione Testo del diritto romano.
Parità su questo punto fra il *mandato* e la *società*.
675. Diritto antico.
676. L' articolo 2001 (1873 LL. civ) è il contrapposto dell' articolo 1996 (1868 LL civ).
L' articolo 2001 (1873 LL. civ) non à voluto procurare un guadagno al mandatario : esso vuole soltanto ch' ei non sia in perdita.
677. Fa d'uopo che l'anticipazione sia pruovata perchè il giudice attribuisca gl' interessi.
Quando ci à anticipazione ? Significato della parola *anticipazione*: non bisogna confondere la somma anticipata col pagamento effettivo.
678. Continuazione.
679. Il mandatario deve dimostrare l' epoca delle anticipazioni.
680. L'articolo 2001 (1873 LL. civ.) è esso applicabile al *negotiorum gestor* ?
Disamina a tal riguardo.
681. Continuazione.
682. Dell' interesse delle somme anticipate dal socio mandatario,
683. o dal fidejussore che paga in soddisfazione di un debito del principale obbligato.
684. Del rimanente, ogni qualvolta il mandatario reclama l' interesse delle somme anticipate, conviene vedere se le anticipazioni sono state fatte *procuratoria nomine* o pure se il mandatario non doveva farlo in forza d' una personale obbligazione.
Del notajo che à anticipato i diritti di registro dovuti per gli atti da lui stipulati.
Arresti *pro* e *contra*.
Decisione della Camera de' ricorsi che sembra dover porre termine ad una tale controversia.

COMENTO.

674. L' art. 2001 (1873 LL. civ.) fa decorrere di pieno diritto gl' interessi delle anticipazioni fatte dal mandatario dal giorno in cui vengono anticipate le somme.

Una tale disposizione ci viene dalle leggi romane (1), le quali avevano trovato giusto come il mandatario che aveva fatto spese per gli affari del mandante ottenesse di pieno diritto l' interesse delle somme da lui anticipate. Ed in vero, una delle due : o il mandatario è stato obbligato a prendere in prestito queste somme, ed egli ne à pagato un interesse il rimborso del quale gli è dovuto ; o pure le à prese dai suoi propri fondi, e perchè i fondi d' un diligente padre di famiglia non sono mica destinati a rimanere oziosi ed avrebbero fruttato presso di lui, il mandante deve corrispondergli l' interesse di cui quegli è rimasto privato dalla destinazione del danaro ne' suoi affari (2).

Si sa che in materia di società si è solito di far lo stesso ragionamento per stabilire che il socio il quale à anticipato somme alla società sia ammesso a reclamare interessi di pieno diritto (3).

675. Nella nostra antica giureprudenza francese, in cui i rigori del diritto canonico avevano innalzato a principio la sterilità del danaro, le anticipazioni fatte dal mandatario non producevano, generalmente parlando, verun interesse : il fare in diverso modo sarebbe stato lo stesso che autorizzare una specie di prestito ad interesse (4).

676. Il Codice civile, formato sotto l'influenza di altre idee, se ne è riportato alle sagge disposizioni delle leggi romane. Esso doveva al mandatario quell' atto di giustizia, per istabilire l' equilibrio e la parità fra i costui diritti e quelli del mandante. In fatti, il mandatario deve corrispondere l' interesse delle somme che à impiegate a suo vantaggio dalla data di tale impiego (art. 1996 (1868 LL. civ.)) : e reciprocamente, il mandante deve aver il peso dell' interesse sulle somme che il mandatario à anticipato dalla data delle avvenute anticipazioni.

Del rimanente, non è già per procurare un guadagno al mandatario che quelle leggi, del pari che il nostro articolo, lo anno autorizzato a comprendere nel suo conto gl' interessi dei quali trattasi : ma è per impedire ch' ei sof-

te nel nostro articolo 1873 e sostituite alle altre *dal giorno del compruovato pagamento* ch' erano usate nella traduzione uffiziale del Codice civile, importino, rigorosamente parlando, un significato diverso da quello che si voleva dal legislatore e che giustamente si è voluto nella pratica. Altro è il giorno in cui è avvenuto il pagamento, ben altro è il giorno in cui si fa la dimostrazione. Se nel 10 gennaio 1830 è stata anticipata una somma, e nel 10 gennaio 1840 è stata compruovata l' avvenuta anticipazione, qual è mai, di questi due, *il giorno in cui si verifica essersi fatto il pagamento ?* senza dubbio il secondo, cioè il 10 gennaio 1840, volendo strettamente intendere le espressioni del nostro articolo 1873. Ma l' origine della disposizione, la ragione di essa, e la costante giureprudenza additano doversi ritenere che il mandatario à il diritto di pretendere gl' interessi sulle somme anticipate, non già dal dì in cui avviene la dimostrazione del pagamento, si bene da quello in cui fu anticipata la somma ch' ei documenta aver pagata *de proprio*.

LEGGI ROMANE. Concordano le leggi 19, § 4, D., *De negot. gest.* ; 37, D., *De usuris* ; 18, C., *De negot. gest.* ; e 12, § 9, D , *Mandati*. (*Edit.*)

(1) Ulpiano, l. 12, § 6, D , *Mandati*. — L. 1, C , *Mandati*. — Paolo, *Sent.*, 2, 15, 2.

(2) L. 12, § 9, D., *Mandati* (Ulpiano). — Voet, ad Pand., *Mandati*, n° 10. — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 315.

(3) Mio comento della *Società*, t. 2, n° 603, in cui io cito le leggi romane e l' articolo 2001 del Codice civile (1873 LL. civ.).

(4) V. la discussione d' un arresto della camera de' ricorsi del 26 aprile 1845. — Dal., *Obblig.*, p. 493. — Vedete per altro il mio comento della *Fidejussione*, n° 345 e 351.

fra una perdita. « *Non ita tamen*, dice il presidente Favre, *ut in lucro habeat, sed hactenus tantum, ne damnum sentiat* (1). » Egli evidentemente sarebbe in perdita se dopo avere anticipato non ottenesse gl'interessi delle somme anticipate. « *Totum hoc*, Ulpiano il dice, *ex aequo et bono judex arbitratur* (2) » (a).

677. Poichè il nostro articolo à voluto risarcire il mandatario e non arricchirlo, il giudice gli attribuirà gl'interessi per quanto il suo conto pruoverà realmente ch'egli à fatto anticipazioni.

Tale condizione è indispensabile.

Il mandatario vi adempie non solamente quando effettua pagamenti ai creditori del mandante, ma anche quando, sul costui ordine espresso o tacito, ei tiene a disposizione di questi stessi creditori le somme che gli sono proprie e ch'essi possono andare a ritirare allorchè vorranno. Il nostro articolo non richiede un pagamento, ma parla solamente di anticipazioni: ed è evidente che il mandatario anticipa allor quando ritira dal movimento de' suoi affari una somma di danaro, a fine di tenerlo a disposizione del mandante o de' creditori del mandante. Così appunto è stato egregiamente deciso dalla Corte reale di Parigi, con arresto del 30 marzo 1844, contro del quale fu prodotto gravame in cassazione: ma il ricorso fu rigettato con arresto del 31 dicembre 1845(3).

Poco monta che le persone alle quali sono destinati que' fondi non vengano ad esigerli nel preciso giorno della scadenza; giacchè tali fondi non sono per ciò meno anticipati, nel senso dell'art. 2001 (1873 LL. civ) fin dal momento in cui sono stati tenuti dal mandatario a disposizione de' destinatari.

678. Il mandatario non avrebbe anticipato se, avendo presso di sè valori liquidi appartenenti al mandante, si valesse de' suoi propri fondi per disimpegnare l'affare, in vece d'impiegare questi valori disponibili. Un tal modo di condursi farebbe comparire troppo patentemente il disegno di proccurarsi un'utilità a spese del mandante. Vi sarebbe in questo caso un prestito stentato, un prestito senza necessità. Il giudice dovrebbe operare una compensazione fra i fondi del mandante e quelli anticipati dal mandatario.

Ma *quid juris* se non fossero liquidi i fondi sistenti in potere del mandatario? Supponete, a cagion di esempio, esser essi mobiglie che egli aveva la facoltà di vendere, ma che non à vendute, preferendo provvedere ai bisogni emergenti dalla posizione delle cose mediante un'anticipazione de' suoi propri fondi? Si potrebbe mai dirgli: « Bisognava, innanzi tutto, eseguir la vendita de' mobili; e solamente quando questa non avesse prodotto il danaro sufficiente per disimpegnare l'affare, dovevate voi fare anticipazioni: ma, non avendo effettuata la vendita, vi siete data troppo premura, e non avete diritto agl'interessi che chiedete. »

La soluzione di sì fatta quistione dipende più dal fatto che dal diritto, ed è subordinata alle circostanze. Il mandatario è sovente premurato da rigorosi creditori ovvero da un'imminente necessità. Non ci à il tempo di vendere e di procurarsi danaro: ove ne prenda nella propria sua cassa, ei fa un atto di buona amministrazione, e non gli si potrebbe togliere gl'interessi che vengono attribuiti dall'art. 2001 (1873 LL. civ.). Spesso ancora il mandatario à potuto conoscere che si sarebbe effettuata quella vendita di mobili con pregiudizievoli condizioni, e gli è paruto essere buon consiglio l'attendere un tempo più propizio. Non è anco un atto di buona amministrazione per parte sua l'aver usato temporeggiamento e l'essersi fatto un prestito a sè stesso?

Ma se dai fatti della causa emergesse che il mandatario, potendo far danaro, non l'à fatto, a posta per trarre partito dai suoi fondi, i tribunali non seconderebbero questo astuto spediente, anzi veglierebbero per lo meglio del mandante.

679. Il mandatario ch'è attore deve dimostrare l'epoca delle anticipazioni per le quali chiede l'interesse. Questa pruova vien fatta tanto con le quietanze che à ritirate dai creditori del mandante, quanto con qualunque altro modo.

680. Il *negotiorum gestor*, cui la necessità di amministrar bene gli affari d'un assente à imposto di anticipare (art. 1375 del Codice civile (1329 LL. civ.)), à egli diritto all'interesse di tali anticipazioni allorchè dimostra che erano indispensabili, e che lo ànno privato di somme le quali erano destinate a produrre utili nelle sue mani?

(1) Sulla legge 12, § 9, D, *Mandati*.

(2) L. 12, § 9, D., *Mandati*. — V. il mio comento della *Fidejussione*, n° 345 e 351.

(3) Bayoux, relatore, Delapalme, avvocato generale: Cureau de Roullée contro Delamaze. L'arresto è stato pronunziato dopo essersi deliberato.

(a) Da tutto ciò risulta che non sia vero d'aver voluto il dritto canonico elevare a principio la sterilità del denaro, ma è della natura di questo essere infruttuoso, ed al più non può che essere di occasione al lucro. Nè perchè poi il mutuatario, che acquista il dominio della cosa mutuata, si serve di questa già cosa sua può essere astretto a pagare qualche cosa per l'uso, ma soltanto pel danno emergente, o lucro cessante, o pericolo di sorte. Furono queste le teorie che tenne presenti la Rota di Genova nella suddetta decisione ed il presidente Favre, dalle quali non disconviene l'equità del dritto Canonico, ma solamente riprova l'usura senza titolo, attenendosi al principio filosofico, che nessuno deve pagare cosa per servirsi della cosa sua, come fa il mutuatario, ed alle disposizioni del dritto rivelato, e specialmente del Vangelo, in cui sta scritto: Date mutuum nihil inde sperantes.

(*Nota del Regio Revisore.*)

A Roma, ciò non costituiva oggetto di questione, chè il diritto romano ci à trasmesso una quantità di decisioni nelle quali è stabilita l'affermativa con la più grande autorità (1). Inoltre, dappoichè il mandatario à diritto agl'interessi, quel mandatario che sovente è salariato, la ragione dice altamente con quanto maggior fondamento competa il diritto medesimo al *negotiorum gestor*, la cui amministrazione è affatto gratuita, e che per effetto di buon cuore e di buono amicizio viene in aiuto d'uno persona assente e fa per essa ciò ch' esso stessa avrebbe effettuato ove fosse stato presente!

Si può, per altro, opporre ad una tale dottrina un arresto della Corte di cassazione (camera civile) pronunziato nel 7 novembre 1825 (2), nel quale leggesi che il Codice civile non autorizza più il decorso degl'interessi legali accordati dalle leggi romane al *negotiorum gestor*; ed è osservato assai spesso che nelle discussioni del foro si è voluto prevalersi della mentovata decisione per abbattere l'eguaglianza stabilita dal buon senso romano, io quella ipotesi, fra il *negotiorum gestor* e 'l mandatario.

Diciamolo con franchezza: gli arresti di quella guisa sono un motivo di stupore pel giureconsulto. In cambio d'essere ciò che Bacone chiamava così bene *anchora legum*, essi mettono sossopra la giurisprudenza e scompigliano i più stabili sistemi.

Primamente, elevasi un primo dubbio: le anticipazioni delle quali trattasi nel caso giudicato dall'arresto del 7 novembre 1825 erano esse utili al proprietario? Questa è la principale domanda ch'è necessario farsi sempre allorchè si tratta del *negotiorum gestor*, o sia di quello che non à verruna azione se non se quando *utiliter gessit!* In vero, non basta provare che si è fatto anticipazioni, ma conviene che se ne dimostri l'utilità: bisogna che il gestore metta in chiaro questo punto importante, cioè ch'era molto meglio fare un mutuo ad interesse che lasciar danneggiare l'affare; in altri termini, che la mancanza di un prestito avrebbe fatto pericolitare l'affare del proprietario e gli avrebbe prodotto un grave nocumento; *si liberovi ex magno incommodo*, per servirmi delle espressioni di Ulpiano (3). Senza di ciò, non v'è *utilis gestio*, ed il *negotiorum gestor* non à alcun diritto agl'interessi (4); imperciocchè questi non sono giustamente dovuti (5) se non quando ci à *utilis gestio*, e, di più, la somma anticipata non è eccessiva (6).

Ora, nè l'arresto della Corte di Pau, contro del quale erasi prodotto il ricorso, nè l'arresto di rigetto, sembrano dubitare di questo punto preliminare. Essi sciolgono quistioni di diritto, senza aver curato di stabilire la questione di fatto che determina il diritto; ed assumono bastare, in diritto romano, che una persona si fosse immischiata negli affari di un altro ed avesse fatto anticipazioni perchè le si attribuisse di pieno diritto gl'interessi legali. Grave e spiacevole errore!! Imprima, gl'interessi del *negotiorum gestor* non erano, in diritto romano, gl'interessi legali, giacchè erano dovuti *ex officio judicis*, come insegna Cujacio (7): e poi, il giudice li attribuiva solamente *ex aequo et bono* (8), e non li concedeva se non in quanto l'anticipazione era stata richiesta da imperiose circostanze, ed il gestore, in facendola, aveva procurato l'utile del proprietario ed avevo dimenticato il suo proprio (9).

Tutto ciò, io ripeto, era stato introdotto nel diritto romano dall'equità. Le idee di buona fede vi avevano naturalmente condotto il pretore. Oggidì, sotto l'impero della legislazione più equo che mai, ci vien proposto di allontanarcene: e si pretende che la buona fede abbia minore impero sotto il Codice civile di quel che avevane sotto l'editto del pretore!!

Si obbietta che l'art. 2001 (1873 LL. civ.) sia particolare al mandato, e che nessuno simile disposizione esista nel caso di *negotiorum gestio*: ma il Codice non può mica dir tutto. Convien vedere l'origine dell'art. 2001 del Codice civile (1873 LL. civ.): fa d'uopo rimontare al principio di equità e di buona fede dond'esso procede; e se il principio è il medesimo nel caso di gestione di negozi, non bisogna esitare a dedurne, in quest'ultimo caso, la conseguenza che l'art. 2001 (1873 LL. civ.) ne trae pel mandato propriamente detto: altrimenti, si fa uso del Codice senza discernimento.

Ma, d'altra parte, l'art. 1375 (1329 LL. civ.) non autorizza forse il giudice ad accordare gl'interessi (10)? Come! un gestore, venendo io soccorso d'una persona assente, avrà presa in prestito ad interesse la somma neces-

(1) Cajo, l. 2, D., *Negot. gest.* — Paolo, l. 19, § 4, D., *Negot. gest.* — Dioclez. e Massim., l. 18, C., *Negot. gest.* — Ulpiano, l. 37, D., *De usuris.* — Voet, *ad Pand.*, *Negot. gest.*, n° 8.

(2) Dal., 26, 1, 17. — Devill., 8, 1, 208.

(3) L. 37, D., *De usuris.*

(4) Favre sulla legge 19, § 4, D., *Negot. gest.*

(5) *Ex aequitate.* — Cujacio v'insiste sopra, su questa legge (*lib.* 9, Paolo, *Ad edict.*). Ed in fatti Dioclez. e Massim. dicono che a tal modo esige la buona fede, *bona fides suasit*: l. 18, precitata.

(6) L. 10, § 1, D., *Negot. gest.* L. 25, istesso titolo.

(7) *Loc. cit.*

(8) Ulp., l. 12, § 9, *in fine*, D., *Mandati.*

(9) Cujacio, *loc. cit.*

(10) Noodt dà la legge 18, C., *De Negot. gest.*, come un esempio di ciò che è dovuto al gestore, *ad id quod abest* (sul Digesto, sotto il titolo *De negot. gest.*).

saria per disimpegnare i colei affari, e si dirà che quest' interessi non sono per lui una spesa! non se ne darà il peso al proprietario!! O pare, il gestore avrà ritirata la somma da lui anticipata dal suo banchiere che gliene corrispondeva l'interesse, e si verrà a sostenere che questi interessi non sieno per lui una *spesa* della quale conviene indennizzarlo!

Con ciò, si ravvisa che l'arresto del 7 novembre 1825 altro non è se non un debolissimo velo che i tribunali potranno sempre infrangere, allor quando il fatto si appresenterà loro con quelle ragionevoli circostanze che presso i Romani determinavano il pretore ad accordare gl' interessi. I quali, non essendo dovuti di pieno diritto e dipendendo sempre da una perdita sofferta dal gestore, troveranno una legittima spiegazione ne' fatti che faranno ragionevolmente supporre come il gestore abbia sofferto un danno, una perdita di danaro, di cui è necessario ei sia indennizzato.

Notiamo in fine che, nel caso dell' arresto del 1825, ogni cosa annunziava che il gestore aveva fatte precipitate anticipazioni. La sua amministrazione era quella di un tutore di fatto: ora, si conosce che il tutore non può prendere danaro in prestito senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia: art. 457 del Codice civile (380 LL. civ.). A maggior ragione ei non può far mutui a sè stesso. Ed ecco perchè l'art. 474 del Codice civile (380 LL. civ.), spiato dalle differenze che separano l'economia dell' odierna tutela da quella della tutela romana, non attribuisce alle anticipazioni fatte dal tutore il privilegio degl' interessi ch' egli ripeteva, in diritto romano, dalla legge 30, § 1, D., *De cont. et util. act. tut.*

Laonde si può benissimo spiegare l'arresto del 1825 senza adottare i motivi troppo assoluti sur i quali esso si poggia.

Del rimanente, se la giureprudenza dell' arresto del 1825, venisse per avventura a dare all' art. 1375 (1329 LL. civ.) il senso ristretto che non potrebbe avere, si potrebbe conoscere da un arresto di Lione emesso nel 25 agosto 1831, e confermato in cassazione nel 22 gennaio 1833, in qual modo una gestione di negozi può essere trasmutata in *mandato forzato* (1), e può sfuggire con l'estimazione de' fatti ad una interpetrazione contraria all' equità (2). Indubitatamente non è permesso mai d' eludere la legge; ma non potrebb' essere proibito di premunirsi con valutazioni legali contro una cattiva giareprudenza.

681. Cesserebbero tutt' i dubbi qualora il proprietario avesse approvato e ratificato le operazioni di lui. La ratificazione produce un effetto retroattivo: essa covre la gestione con un mandato (3): essa dà al gestore i diritti del mandatario.

682. Il socio che fa anticipazioni alla società è considerato agire come mandatario (4). Un arresto della Corte di cassazione profferito nel 5 vendemmiale dell'anno XI, sembra contrario a sì fatta proposizione (5); ma conviene avvertire ch' esso è stato renduto sotto l'impero di una legislazione anteriore al Codice civile, in cui l'abbondanza de' capitali, quantunque liberata di taluni ostacoli dalle leggi della rivoluzione, non aveva ricevuto ancora tutt' i suoi legali sviluppamenti.

683. Vien parimente assimilato al mandatario il fideiussore che paga per la liberazione del principale obbligato (6).

684. Rimane a fare un' osservazione: ogni qualvolta un mandatario, o altre persone che abbiano un simile carattere, reclameranno interessi in virtù dell' art. 2001 (1873 LL. civ.), converrà vedere se le anticipazioni sieno state effettuate *procuratorio nomine*, o pure per effetto d' una obbligazione personale, propria e speciale al mandatario.

Per esempio, il notaio che à pagato con i suoi propri danari i diritti di registro degli atti da lui rogati non è ammesso a reclamare l'interesse delle sue anticipazioni dal giorno in cui le à fatte. La ragione ne è che la legge del 22 frimale anno VII rende il notaio personalmente debitore di tali spese nell'interesse del fisco; e che a questo modo egli non fa altro che adempiere alla sua propria obbligazione.

« Senza dubbio, io diceva in un rapporto fatto alla camera de'ricorsi nel 24 gennaio 1840, « il notaio è mandatario delle parti per ricevere le loro disposizioni e ridurle in atto pubblico. Ma, quando trattasi del pagamento dei « diritti che il fisco prende sugli atti, il notaio « non agisce più come semplice mandatario « delle parti. Non è già ch' ei paga per effetto « del suo mandato e per menarlo sino al termine; ma paga perchè il fisco gliene impone « una personale obbligazione. Quest' obbligo lo « costituisce debitore verso il tesoro; ed egli, « salvo il suo regresso, è personalmente obbli-

(1) D., 33, 1, 216.
(2) Io ritorno sulla questione degl' interessi del *negotiorum gestor* nel mio comento della *Fidejussione*, n° 346.
(3) Delamarre e Lepoitevin, t. I, n° 177, p. 283.
(4) *Supra*, n° 674.
(5) Devill., 1, 1, 695.
(6) *Instit.* di Giustiniano, *De fidejussoribus*, § 6. — Merlin, Repert., v° *Interessi*, § 2, n° 10. — Mio comento della *Fidejussione*, n° 345.

« gato. È adunque nella legge fiscale che biso-
« gna andar trovando le conseguenze dell' ob-
« bligazione straordinaria ch' essa impone, di
« quell' obbligazione, io dico, che passa oltre
« i limiti del mandato ; imperciocchè non la si
« troverebbe affatto nel mandato, ove la legge
« non la imponesse straordinariamente. Ora, la
« legge del 22 frimale anno VII (L. sul regi-
« stro de' 21 giugno 1819), la quale, nel suo
« art. 29 (19, della L. sul registro), costitui-
« sce il notaio debitore del fisco, gli dà il mez-
« zo, con l' art. 30 (istesso art. 19), di assi-
« curare il suo rimborso contro la parte debi-
« trice ; ed esso non parla ivi degl' interessi di
« pieno diritto ; li ributta quindi col suo silen-
« zio , e però gl' interessi non possono esse-
« re dovuti se non se dal giorno della do-
« manda. »

Altre considerazioni io aggiungeva, in seguito delle quali la camera de' ricorsi à pronunziato nel 24 giugno 1840 un arresto che conferma le suddette idee (1). Altri arresti antecedenti avevano preparata la base di sì fatta giureprudenza (2). Ma ci erano delle discordanze (3), alle quali, io credo, aver dato fine l' arresto profferito a mio rapporto.

Articolo 2002 (1874 LL. civ.).

Quando il mandatario è stato costituito da più persone per un affare comune, ciascuna di esse è tenuta solidariamente verso il mandatario per tutti gli effetti del mandato (a).

SOMMARIO.

685. Della solidalità de' mandanti che ànno costituito un mandatario per un affare comune.
Sua origine : sua ragione.
686. Continuazione.
687. La solidalità è il mezzo di assicurare el debitore l' integrità del suo rimborso. Confronto dell' articolo 2002 (1874 LL. civ.) con l' articolo 2030 (1902 LL. civ.).
688. Esiste la solidalità ancor quando il mandato sia salariato.
689. Non esiste la solidalità nella locazione di opere. Utilità della distinz one della locazieoo di opere e del mandato.
690. Continnazione.
Il notajo, essendo un mandatario o non un locatore di opere, à un' azione solidale contro coloro cha lo ànna incaricato d' un affare comune.
691. Lo stesso è a dirsi del patrocinatore, del sindaco d'un fallimento, di un arbitro, d'un perito, d'un liquidatore di società.
692. Differenze dell' articolo 2002 (1874 LL. civ.) che concede l' azione solidale al mandatario contro i mandanti, e dell' articolo 1995 (1867 LL. civ.) che non la dà al mandante contro i mandatari.
693. Condizioni necessarie a fin che esista la solidalità de' mandanti.
694. L' articolo 2002 (1874 LL. civ.) non è applicabile alla gestione di negozi.
695. Del caso in cui non ci à mandato se non per effetto di ratificazione.
696. La solidalità accordata con l' articolo 2002 (1874 LL. civ.) à luogo, con maggior ragiooe, nelle materie di commercio.
Del liquidatore d' nne società di commercio.
Quid juris dell' omministratore d' una società? non è egli forse anzi socio che mandatario? ed in tal caso vien forse meno per lui l' azione solidale ?
697. Talvolta il mandatario ottiene da un motivo d' indivisibilità ciò che ooo può ottenere con la solidalità.

APPENDICE.

698. Del privilegio del mandatario per le spese relative alla conservazione della cosa.
699. Del diritto di ritenzione e tal riguardo.
700. Privilegio delle spese di trasporto.
701. Del diritto di ritenziooe e tal riguardo.
702. Delle spese di miglioremeolo.
703. Del diritto di ritenzione per tala oggetto.
704. De' privilegi dal mandatario commerciale.
705. Riovio per molti punti el comeoto del *Pegno*.

(1) Devill , 40, 1, 503.

(2) Cassazione, 30 marzo 1830 (D., 30, 1, 188.; Devill., 30, 1, 131), ed 11 novembre 1833 (Devill , 34, 1, 29)

(3) Per l'opinione che gl' interessi sono dovuti al *notajo* per spese ed anticipaziooi : Grenoble, 14 luglio 1838 (Dev., 39, 2, 134) ; Riom, 8 dicembre 1838 (Dev , 39, 2, 419) — Per la negativa : Cassazione, 30 marzo 1830 (Dev., 30, 1, 131) ; 11 novembre 1833 (Dev., 34, 1, 29) ; 24 giugno 1840 (Dev., 40, 1, 503, pronunziato e mio rapporto) ; Caen, 7 giugoo 1837, (Dev., 37, 2, 409).

(a) Leggi civili. L' erticolo 2002 del Codice civile corrispoode all' articolo 1874 delle Leggi civili coocepute ne' seguenti termini :

« Quando il mandetario è stato oostitaita de più persone per uo effare comune, ciescone di esse è lenute so-
« lidalmenta verso il mandatario per tutti gli effetti del mandato. »

Leggi romane. Nella legge 59, § 3, D., *Mandati*, si riavicoe la coocordente disposizione. (*Edit.*)

685. Il giureconsulto Paolo, consultato sulla questione di sapere se, nel silenzio del contratto, il mandatario possa esercitare l'azione *mandati contraria* contro quello fra i mandanti che gli piaccia di scegliere, risponde affermativamente (1). Tale è pure l'opiniane di Ulpiano (2), e se ne trova la traccia nella legislaziane del Codice Giustiaianeo (3). La ragione che può esserne assegnata è, che ciascun mandante è risguardato di aver dato ordine di fare per sè e per lo tutto l'affare conteauto nel mandato, e che il mandatario si è abbandonato per lo tutto alla fede di ciascun mandante (4).

686. Il presidente Favre opina, ne' suoi *Rationalia*, che questo diritto sia cessato con la navella 99 di Giustiniaao; per modo che, dopo questa costituzione, i mandaati aon sieno tenuti solidalmente se non quando vi si sieno espressamente obbligati (5). Nulladimeno, nel suo Codice, ei sostiene il principio della solidalità (6). Pothier, senza discutere una tale opinione, si fonda sul testo di Paolo per insegnare pur anco il principio della solidalità fra mandati, e non pare disposto a supporre che la navella 99 vi abbia recato pregiudizio (7). Parimente questo è il sentimento di Voet (8): ed ia generale desso era seguito ne' tribunali, checchè ne dica Despeisses il quale noa si è formato idee esatte su questo punto della giureprudenza romana (9).

687. Il Codice civile à trasportato nel nostro art. 2002 (1874 LL. civ.) la dottrina di Pothier. Ed in vero, la solidalità è un eccellente mezzo di assicurare al mandatario la certezza e l'integrità del rimborso della sua indennità (1a); essa lo mette al sicuro dalle ingiustizie delle ingratitudiai, e dai raggiri dell'interesse personale. Essa è ia un tempo istesso morale, e razionale: morale, perciocchè conferma un dovere che la lealtà e la riconoscenza impongono ai mandanti (11); razionale, perchè costoro àano ricevuto il servigio in comune, e la solidalità deve proteggere l'indennità del mandatario il quale à effettuato quell'affare comune (12). Noi riaverremo nell'art. 2030 (1902 LL. civ.), sotto il titolo della *Fideiussione*, la ripetizioue di sì fatte idee (13).

688. E non si fa venirle meno nel caso in cui il mandato è salariato; imperciocchè la legge non distingue e non à dovuto distinguere. L'art. 2002 (1874 LL. civ.) si coordiaa con tutti gli articoli che lo precedoao, e per conseguenza con l'art. 1999 (1871 LL. civ.); il quale colloca il salario nel namero de' capi dell'azione *mandati contraria*. Il mandato, benchè ricompensato con un onorario, conserva un elemeato di gratuità, il quale impedisce che lo si coafonda con i contratti iateressati dall'una e dall'altra parte. L'onorario del mandatario, siccome abbiamo testè dimostrato (14), aon dispeasa il mandante dai sentimenti ne' quali la solidalità va a cercare la sua conferma/ione ed il suo appoggio.

689. Quivi si mostra l'utilità della distinzione che abbiamo stabilita fra la locazioae di opere ed il mandato retribuito. Nella locazione di opere, la solidalità non esiste affatto; la materia è troppo dominata dall'interesse personale perchè possa far cedere il principio secando il quale molti coobbligati non sono solidali se non per quaato la convenzione od nna legge farmale l'abbiano voluto. Ma nel mandato retribuito, ia cui si trova l'unione di molte distinte dall'interesse, si usa maggior favore al mandatario, il cui officio rimane sempre con l'impronta di un servigio.

690. Ciò è quanto Merlin à fatto rilevare con molta energia e precisiane nella causa del notaio Anjubault (15). Quest'uffiziale miaisteriale aveva ricevuto da molti mandanti la commissione di fare una liquidazione, e la Corte reale di Parigi aveva invalidato una sentcaza del tribunale di prima istanza della Senna la quale aveva condannato que' medesimi mandanti a pagargli *solidalmente* 1200 franchi di onorari. La pretensione degli avversari del notaio Anjubault era questa, che l'articolo 2002 del Codice civile (1874 LL. civ.) non gli era applicabile, perciocchè egli erasi obbligato verso di essi non

(1) L. 59, § 3, D., *Mandati.*
(2) L. 21, D., *Mandati.*
(3) L. 7, 14, C., *Mandati.*
(4) Favre, *Rationalia*, sulla legge 59, § 3, D., *Mandati.*
(5) *Loc. cit.*
(6) Lib 4, t. 24, *definiz.* 17.
(7) N° 82.
(8) *Mandati*, n° 10.
(9) P. 182. — Pothier glielo à rimproverato (n° 82).
(10) Bertrand de Greuille (Fenet, t. 14, p. 611).
(11) *Id.*
(12) Tarrible (Fenet, t 14, p. 599, 600).
(13) *Infra*, n° 377.
(14) Sull'articolo 1986 (1858 LL civ.).
(15) Repertorio di giureprudenza, v° *Notaro*, p. 631.

già con un mandato gratuito, sì bene con un contratto di locazione di opera. Il signor Merlin dimostrò la futilità e l'illegalità d'una tale pretensione; e pruovò che i notai, benchè retribuiti nelle loro funzioni, non disimpegnano meno un mandato: e. sulle sue conformi conclusioni, l'arresto della Corte reale di Parigi fu cassato con arresto de'27 gennaro 1812 (1).

Quest'arresto è di un'alta importanza. Esso conserva con stabilità la linea di confinazione che separa il mandato retribuito dalla locazione di opere; e previene la confusione in quelle operazioni alle quali, in diritto ed in morale, importa tanto di conservare i loro caratteri diversi.

691. Dopo la suddetta decisione, pare che la giureprudenza non abbia avuto alcun'altra esitazione. La quistione è stata giudicata nel medesimo senso in pro del patrocinatore (2), del sindaco d'un fallimento (3), di un arbitro (4), di un perito nominato sulla domanda delle parti ed in un comune interesse (5), del liquidatore d'una società (6), ecc., ecc.

692. Si rileva, del rimanente, che l'articolo 2002 (1874 LL. civ.) non tratta i mandanti nello stesso modo con cui l'articolo 1995 (1867 LL. civ.) à trattato i mandatari. Costoro non sono solidali: poichè essi prestano servigio, non bisognava allontanarsi dal diritto comune per aggravare la loro normale posizione (7). Per l'opposto, i mandanti sono solidali: essi ricevono un servigio in comune; e però debbono riconoscerlo per lo tatto.

693. Notate intanto come, perchè esista la solidalità de' mandanti, l'articolo 2002 (1874 LL. civ.) richiegga due condizioni: 1° che il mandatario sia stato costituito da più persone; 2° che l'affare sia loro comune.

Se quindi il mandatario avesse ricevuto una facoltà da più mandanti, con un atto unico, ma per affari non comuni, l'articolo 2002 (1874 LL. civ.) non sarebbe applicabile.

Del pari, se il mandatario non avesse ricevuto facoltà che da un solo mandante per un affare comune a più persone, egli avrebbe azione solamente contro colui col quale avesse contrattato, e per nulla contro gli altri interessati che non gli avessero dato alcun potere.

Lo stesso è a dirsi quando ogni interessato gli avesse fatto un mandato distinto: non potrebbe quegli domandar altro da ognuno se non se le indennità dipendenti da ciascun mandato (8).

E queste due proposizioni risultano dal seguente caso epilogato:

Dargaud, geometra agrimensore all'ispezione de' boschi di Charolles, aveva calorosamente piatito ad istanza dello Stato, per far rientrare in potere dell'amministrazione taluni boschi demaniali usurpati dai comuni. Laguiche e Pansemont gli avevano fatto dal loro canto una procura la quale tendeva allo stesso scopo, da che eglino avevano diritti comuni col demanio. Una lite è contestata. Mortemart v' interviene per proprio conto.

Sentenza la quale dichiara, che tre seste parti di que' boschi appartenevano a Mortemart; due seste parti a Laguiche e Pansemont; ed una sesta parte allo Stato.

Dargaud aveva diritto per sue spese ed onorari ad 8962 franchi e 50 centesimi. Laguiche e Pansemont pagarono i due sesti attenenti al mandato speciale, col quale avevano dato l'incarico a Dargaud. Rimanevano 4 sesti, che Dargaud domandò dallo Stato. Ma questi fu rimandato a reclamarne tre sesti contro Mortemart. Egli resiste, e sostiene che, avendo contrattato col solo Stato, non deve reclamare se non se contro lo stesso Stato, e per nulla contro Mortemart.

Arresto della Corte di Digione pronunziato nel 18 marzo 1833 che decide a questo modo; e, sul gravame, arresto della camera de' ricorsi emesso nell' 11 febbraio 1834 che rigetta (9). In vero, poco importava a Dargaud che i suoi procedimenti avessero indirettamente prodotto utilità a Mortemart, il quale era intervenuto nella causa ed aveva tratto profitto dalle sue azioni, contro le pretensioni de'comuni. Dargaud non era stato incaricato d'una incumbenza da Mortemart, aveva agito per lo Stato e gli altri due suoi consorti, e non aveva nè pure avuto il pensiero di rendersi *negotiorum gestor* di Mortemart. Lo Stato gli aveva fatto il mandato per agire, e però lo stesso Stato era quello che doveva indennizzarlo. Per verità, i procedimenti di Dargaud non avevano assicurata allo Stato la totalità di quanto questo sperava; ma il diritto del mandatario non è subordinato all'evento: articolo 1999 (1871 LL. civ.).

694. Quegli che si rende *negotiorum gestor* di più persone à mai un'azione solidale contro di esse?

No! Da una parte, l'articolo 2002 (1874 LL. civ.) è fatto pel solo caso di mandato, e

(1) *Junge* camera civile, Cassazione, 26 giugno 1820 (Devill 6, 1, 261); 19 aprile 1826 (Devill. 8, 1, 322); 10 novembre 1828 (Devill., 9, 1, 178); Riom, 8 settembre 1838 (Devill, 39, 2, 419).
(2) Grenoble, 23 marzo 1829 (Dalloz, 30, 2, 103).
(3) Parigi, 23 settembre 1823 (Dalloz, t. 2, p. 218). — Parigi, 12 agosto 1830 (Dalloz, 30, 2, 251).
(4) Bordò, 14 gennaio 1826 (Dalloz, 26, 2, 96).
(5) Cassazione, 11 agosto 1813 (Dalloz, t. 10, p. 537, n° 4). — Aix, 2 marzo 1833 (Dalloz, 33, 2, 129).
(6) Mio comento della *Società*, t. 2, n° 1039.
(7) *Supra*, n° 494.
(8) Cassazione, 12 marzo 1833 (D., 33, 1, 138).
(9) D, 34, 1, 87.

la legge è muta per quello di *negotiorum gestio*: dall'altra, manca la convenzione, perciocchè trattasi di un quasi-contratto (1).

Qual sarebbe il fondamento d'una solidalità cui mancano in uno stesso tempo e la legge e la volontà delle parti?

695. Allor quando il mandatario à oltrepassato i limiti del mandato fatto da più persone, la ratificazione di questo produce un effetto retroattivo che rimena le cose allo stesso punto in cui si sarebbe qualora *ab initio* vi fosse stato mandato. Ma, perchè il mandatario in tal modo approvato abbia contro di tutti un' azione solidale, *mandati contraria*, bisogna che la ratificazione sia data con lo stesso atto; imperciocchè se fosse fatta separatamente da ciascun mandante, dovrebbe dirsi che ci sieno tanti mandati distinti per quante sono le ratificazioni, ed ognuno sarebbe tenuto solamente per la sua parte e porzione (2).

696. La solidalità concessa dal nostro articolo riceve con maggior fondamento la sua applicazione nelle materie commerciali, nelle quali si conosce avergli data le necessità del credito una grande estensione: e però abbiamo osservato, nel nostro comento della *Società*, il liquidatore d'una società commerciale munito d'un' azione solidale contro i soci per lo conseguimento delle sue spese a della sua indennità (3).

Ma (facciamone l'osservazione) l'amministratore d'una società, quantunque eserciti funzioni che derivano dal mandato (4), non à affatto contro i suoi soci verun' azione solidale. Egli può esercitare contro di loro la sola azione *pro socio*, la quale esclude la solidalità fra soci (5). Non si potrebbe far cessare il carattere sociale che domina nell' amministratore, pel mandato che si unisce alle sue funzioni. L'azione *pro socio* la vince sull' azione *mandati contraria*, ed in tal caso si applica questa regola: *A potiori fit denominatio* (6). Perchè mai non ne è lo stesso del liquidatore? Perchè non ci à più società (7), e non ci à più azione *pro socio*, e perchè il liquidatore preade il carattere di mandatario anzichè quello di amministratore (8).

697. Talvolta, quando la solidalità non può essere invocata, il mandatario ottiene col mezzo dell' indivisibilità la totalità della sua indennità contro ognuno di coloro il cui affare è stato da lui amministrato: art. 1222 del Codice civile (1175 LL. civ.).

Ed appunto a questo modo è stato giudicato con arresto dell' 11 agosto 1813 dalla Corte di cassazione nel seguente caso (9).

Due periti erano stati incaricati di verificare un conto sull' istanza di Decreuzo, e ne avevano fissato il resto di debito. Lescuyer, suo avversario, consentì a tale determinazione. Una sentenza condannò Decreuze e Lescuyer a pagare solidalmente gli onorari de' periti; giacchè, com' essa diceva, Lescuyer, per effetto del suo consentimento, à coatratto congiuntamente con Decreuze l'obbligo di pagare le vacazioni. Questo debito è indivisibile, ed i due debitori vi sono solidalmente tenuti.

Lescuyer produsse ricorso in cassazione. Ove si vede mai, diceva egli, un debito indivisibile in quel caso? L'art. 1217 del Codice civile (1170 LL. civ.) si oppone ad un tale sistema; imperciocchè, a che cosa era io tenuto? a pagare una somma di danaro: ora, ci à mai cosa più divisibile di un' obbligazione sì fatta? Nulladimeno, il ricorso di Lescuyer fu rigettato col mentovato arresto della camera civile. « Lescuyer, dice quest' arresto, del pari che « il suo avversario Decreuze, avevano consen- « tito su di ciò che i loro conti fossero verifi- « cati da due periti. Una tale operazione era « indivisibile in questo senso, che ogni parte « dell' opera del perito stava egualmente nel- « l' interesse de' due contendenti; in conse- « guenza era indivisibile il pagamento di quel- « la medesima operazione. »

APPENDICE AL CAPITOLO III.

Del privilegio del mandatario, del privilegio del commissionario, e del diritto di ritenzione.

698. Oltre l'azione *mandati contraria*, della quale testè abbiamo fatto conoscere i differenti capi, il mandatario che à fatto spese per la conservazione della cosa gode un privilegio consacrato dall'art. 2102 n° 3 del Codice civile (1971, n° 3, LL. civ.). Nel nostro comento

(1) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 334. — Opinione del consigliere Tripier nel caso rapportato da Dalloz, 34, 1, 87.
(2) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 333.
(3) T. 2, n° 1039.
(4) Mio com. della *Società*, n° 681.
(5) *Loc. cit.*, n° 611. — Casaregis, *disc.* 181, n° 39.
(6) *Supra*, n° 98.
(7) *Loc. cit.*, n° 1004.
(8) *Loc. cit.*, n° 1010.
(9) Dal, *Obbligaz.*, p. 537.

delle *Ipoteche* abbiamo esposto le condizioni e l'estensione di un tale privilegio (1). Esso non è proprio al mandatario: appartiene a chiunque detenga la cosa altrui, e faccia, per conservarla, quelle spese che lo stesso proprietario sarebbe stato obbligato a fare qualora l'avesse avuta in suo potere.

699. Il mandatario, non solamente gode privilegio contro i terzi creditori per conseguire le sue spese di conservazione, ma eziandio può usare contro il mandante il diritto di ritenzione, e negare con l'eccezione *doli mali* (2) di restituirgli la cosa finchè non sarà stato da lui indennizzato delle anticipazioni che à fatte per conservarla (3).

700. S'incontra un'altra causa di privilegio, quando il mandatario à pagato le spese di vettura e quelle accessorie sulla cosa trasportata. Egli, su questa cosa, à il privilegio attribuito dall'art. 2102 n° 6 del Codice civile (1971, n° 6, LL. civ.).

701. Oltre il privilegio delle spese di trasporto, introdotto particolarmente per determinare la condizione del creditore in faccia ai terzi, il mandatario, per queste spese medesime, à il diritto di ritenzione contro il mandante e l'eccezione *doli mali* (4).

702. Quanto alle spese di miglioramento, non ci à privilegio; ed il mandatario non è fondato a prevalersi contro gli altri creditori di un diritto di prelazione poggiato sopra una causa sì fatta. La legge non à concesso in nessun luogo alcun privilegio a colui il quale à, non già conservata, ma migliorata la cosa (5); e si conosce che i privilegi sono di stretto diritto.

703. Ma il mandatario che à migliorata la cosa, se non à alcun privilegio *inter creditores*, à almeno contro il mandante che vorrebbe ritirarla, ovvero contro coloro che esercitano i suoi diritti, l'eccezione *doli mali*, o pure, ciò che torna lo stesso, il diritto di ritenzione fino alla concorrenza del pagamento di ciò che gli è dovuto (6).

704. Son questi i vantaggi de' quali gode il mandatario civile.

Il mandatario commerciale rattrovasi in una condizione più propizia. Oltre il privilegio che gli compete qual conservatore della cosa, oltre il diritto di esigere con prelazione le spese di trasporto, egli gode di pieno diritto ed insitamente di un privilegio di pegno, per le anticipazioni che à fatte sulle mercanzie speditegli da un'altra piazza onde fossero state vendute per conto del committente; purchè, ciò non ostante, queste mercanzie sieno a sua disposizione ne' suoi magazzini o in un pubblico deposito, od anche purchè essendo ancora in viaggio ei possa dimostrare, con una polizza di carico o con una lettera di vettura, la spedizione che gliene è stata fatta: articolo 93 del Codice di commercio (89 LL. di ecc.). Questo privilegio è derivato dal favore che si à pel commercio (7). Esso, quantunque non sia altro che un privilegio di pegno (8), non è sottoposto alle formalità richieste dal diritto comune per dimostrare l'esistenza del contratto di pegno; risulta di pieno diritto dallo stesso pegno, o, al dir di Valin, dal *sequestro naturale* che il commissionario à della cosa: ed egli deve far lo sperimento di un contratto di pegno stipulato per provvedere alla sua sicurezza, solamente quando non si rattrovi nelle condizioni dell'articolo 93 del Codice di commercio (89 LL. di ecc.).

705. Ma poichè questa materia riguarda più il pegno che il mandato, io rimando, onde se ne approfondiscano le particolarità, al mio comento degli articoli 2073 e 2074 del Cod. civ. (1943 e 1944 variato LL. civ.). Sarà questa per me una cagione di rivenire su i principi che separano il privilegio dal diritto di ritenzione, di spiegare nuovamente una teoria che mi sembra non essere bastevolmente conosciuta, e di assoggettare ad una nuova disamina le proposizioni da me emesse a tal riguardo nel mio comento delle *Ipoteche*.

(1) T. 1, n¹ 174, 174 (*bis*), 176.
(2) Argomenta dalla legge 14, D., *De doli mali except.* (Paolo).
(3) Mio comento delle *Ipoteche*, t. 1, n¹ 255, 256, 257 e segg.
(4) *Id*, n° 264; Voet, *ad Pand.*, *De compens.*, n° 20.
(5) Mio comento delle *Ipoteche*, t. 1, n° 176.
(6) *Id.*, al n° 176, i testi che riporto e gli autori, ed al n° 264, in cui cito un passo di Voet.—*Junge* la legge 14, D., *De doli mali et metus except.* (Paolo).
(7) Valin, lib. 2, t. 10, art. 3.
(8) *Id*, *loc. cit.*

CAPITOLO IV.

Delle diverse maniere con le quali si estingue il mandato.

Articolo 2003 (1875 riformato LL. civ.).

Il mandato si estingue,
Per la revoca della procura,
Per la rinuncia del mandatario,
Per la morte naturale o civile, per l'interdizione o per la prossima decozione, tanto del mandante, che del mandatario (a).

SOMMARIO.

706. Delle diverse cagioni che pongono fine al mandato.

§ 1. *Della rivocazione del mandato.*

707. Perchè mai la volontà del mandante può dar termine al mandato?
708. In quali circostanze può essa intervenire.
Del caso in cui le cose sono intere.
Del caso in cui ci à incominciamento di esecuzione, e distinzione fra ciò ch' è stato fatto e ciò che rimane a farsi.
709. La pruova della rivocazione del mandato deve derivare da parole non equivoche.
D'altra parte, allorchè i termini della rivocazione sono chiari, non bisogna far deviare l'interpetrazione della vera idea del mandante.
710. Degli atti di amministrazione fatti dal mandatario che ignora la rivocazione del mandato.
711. Della notificazione della rivocazione al mandatario.
712. Della notificazione espressa.
713. Della conoscenza della rivocazione avuta dal mandatario senza intimazione ed indirettamente.
714. Questa rivocazione è improduttiva di effetto e sono valide le operazioni del mandatario, infinoattantochè costui l'à ignorata.
715. Obbiezione tratta da un testo del giureconsulto Giuliano. Ma questo testo vale soltanto per un caso particolare, e non debb'essere generalizzato.
716. Mezzo indicato dall'articolo 2004 (1876 LL. civ.) per prevenire l'abusivo contatto del mandatario rivocato con i terzi.
717. Delle operazioni che sono la conseguenza delle operazioni principiate.
718. De' mandati irrevocabili.
719. Della rivocazione del mandato fatto da più persone.

§ 2. *Dell' estinzione del mandato per la rinunzia del mandatario.*

720. Rimando ai nⁱ 337 a 338, ed all'articolo 2007 del Codice civile (1879 LL. civ.).

§ 3. *Dell' estinzione del mandato per la morte naturale o civile del mandante o del mandatario.*

721. Della morte del mandante. Perchè mai dà termine al mandato? Differenza fra il mandato, la locazione, e la vendita.
722. Del caso in cui la morte del mandante succede *rebus integris*.
723. Del caso in cui essa avviene quando si sta eseguendo il mandato.
724. Dell'ignoranza che il mandatario à della morte avvenuta. Sono valide le operazioni effettuate da costui in buona fede.

(a) Leggi civili. L'articolo 2003 del Cod. civ. corrisponde all'art. 1875 delle LL. civ. riformato nel seguente modo :

« Il mandato si estingue
« per la rivocazione della procura ;
« per la rinunzia del mandatario ;
« per la morte, per l'interdizione o per la prossima decozione, sia del mandante, sia del mandatario. »

La riforma eseguita sull'art. 2003 del Cod. civ. deriva dal principio costantemente ammesso nelle nostre LL. civ. dell'esclusione della morte civile.

Leggi romane. La rivocazione della procura e la rinunzia del mandatario davan termine al mandato, purchè l'una o l'altra avveniva *rebus integris*, altrimenti si dava luogo alla rifazione de' danni : l. 21, § *pen* ; l. 15, l. 5, § 1, l. 27, § 1 e 2, D., *Mandati* ; e § 9 ed 11, Inst., *De mandato*. Ma eccettuavasi il caso in cui la rivocazione o la rinunzia avveniva per qualche giusto motivo : l. 22, § *ult.*, l. 23, 24, 25, 27, § 2, l. 30, D., *Mandati*.

L'estinzione della procura verificavasi ancora per la morte naturale o civile del mandante o del mandatario, o pel fallimento dell'uno o dell'altro : l. 26, *in princ.*, 27, § 3, 57 e 58, D., *Mandati* ; l. 15, C., *De mandato* ; l. *ult.*, *in fine*, D., *De solut.* ; § 10, Instit., *De mandato* ; l. 19, 20 e 21, D., *De procurat.* — Con tutto ciò, se il mandatario aveva ignorato la morte del suo mandante, ovvero se l'affare contenuto nella procura doveva essere eseguito dopo la morte di costui, le operazioni effettuate erano valide e producevano tutti gli effetti così in faccia ai terzi che nell'interesse del mandatario e degli eredi del mandante : l. 26, e 58, D., *Mandati* ; l. 12, § *ult.*, l. 13, D., *eodem titulo*. (*Edit.*)

723. I Romani applicavano la suddetta regola anche al caso in cui il mandato era fatto per donare altrui la libertà, benchè la manumissione richiedeva la più grande pienezza di volontà da parte del manomissore.
726. La confermazione degli atti fatti dal mandatario nell'ignoranza della morte è necessaria soprattutto in faccia ai terzi.
727. Da tutto ciò non deriva affatto che il mandato non abbia fine con la morte.
Conciliazione di ciò ch'è detto ai n¹ 725 e 726, col principio che il mandato estinguesi per la morte.
728. De' mandati destinati a durare dopo la morte. Esempl. Essi son validi.
729. Risposta ad un' obbiezione desunta dalla legge 108, D., *De solutionib.* Spiegazione datane da Cujacio.
730. Risposta ad una obbiezione tratta dalla legge 77, § 6, D., *De legat.*, 2°.
731. Poichè può essere stipulato che la società passerà agli eredi, del pari può stipularsi che il mandato durerà dopo la morte.
732. Risposta pel timore che si à d' andare incontro ai fedecommessi vietati.
733. Continuazione. Il mandato, se dovesse durare oltre la morte del mandante per favorire i fedecommessi vietati, dovrebb' essere considerato come rivocato per la morte, ad onta di qualsiasi stipulazione in contrario.
734. Il mandato fatto perchè durasse dopo la morte vien forse a rimanere estinto quando l' erede del mandante è minore?
735. Continuazione.
736. Esso dura eziandio nel caso di prepositura salariata; imperciocchè questa è una locazione di opere anzichè un mandato.
Quid juris della prepositura gratuita?
737. De' mandati implicitamente non rivocabili per la morte.
Esempl.
738. Altro esempio del mandato fatto sotto l'aspetto di *presta-nome*.
739. Dell'influenza della morte d' un mandante sul mandato fatto da più persone.
740. Della continuazione del mandato per terminare ciò che è principiato.
741. Della morte civile del mandante.
742. Dell'estinzione del mandato per la morte del mandatario.
743. Della morte civile del mandatario.

§ 4. *Della cessazione del mandato pel cambiamento di stato del mandante o del mandatario.*

744. Cosa mai s' intende per cambiamento di stato?
745. Interdizione del mandante.
746. Fallimento e prossima decozione.
747. Delle pene che tolgono al mandante l' amministrazione de' suoi beni.
748. Del mandante posto sotto un consulente giudiziario.
749. Del cambiamento di stato cui va incontro la donna che si marita.
750. De' cambiamenti di stato che colpiscono il mandatario.
751. Continuazione.
752. De' terzi che ànno ignorato il cambiamento di stato.

§ 5. *Dell' estinzione del mandato per la cessazione de' poteri nel mandante.*

753. Spiegazione di ciò.
754. *Quid* se la persona sostituita ignora la cessazione de' poteri in colui che l' à sostituito.
755. De' terzi.
756. *Quid* se il mandante originario aveva accettato per mandatario colui ch' è stato sostituito?
757. Continuazione.
758. Dell' influenza de' cambiamenti di stato che colpiscono colui che à fatta la sostituzione.

§ 6. *Della cessazione del mandato per forza maggiore.*

759. Particolarità su questo punto.

§ 7. *Della fine del mandato per lo compimento dell' affare o per lo spirare del tempo.*

760. Del compimento dell' affare. Rinvio ai n¹ 563 ed 825.
761. Dello spirare del tempo.
762. Quando è estinto il mandato, gli atti fatti dal mandatario non obbligano il mandante.
763. Degli atti pretesi fatti dal mandatario con antidata. Tocca al mandante la dimostrazione della frode.

COMENTO.

706. Il capitolo che ci facciamo ora ad analizzare è d' una grande importanza: l' esame dell'estinzione del mandato non è meno interessante di quel che ne sia della formazione del medesimo contratto.

Il mandato à termine in diverse maniere: l' articolo 2003 del Cod. civ. (1873 riformato LL. civ.) enumera quattro cause di estinzione:

1° La rivocazione del mandatario fatta dal mandante;

2° La rinunzia al mandato fatta dal mandatario;

3° La morte naturale o civile del mandante o del mandatario;

4° Il cambiamento di stato dell' uno o dell' altro, cioè: l' interdizione, il fallimento, la prossima decozione, ecc.

A tali quattro cause si può aggiungere:

La cessazione de' poteri nel mandante;

La forza maggiore che impedisce sia proseguito l' affare;

Il compimento dell' affare in conformità degli ordini dati.

Ed appunto in questo quadro ci faremo ad allogare i nostri sviluppamenti.

§ 1. *Della rivocazione del mandato.*

707. E primieramente, parliamo della rivocazione (1).

Benchè sia ambulatoria la volontà dell' uomo (2), pure la forza de' contratti la tien soggetta, e l' obbligazione alla quale si è sottoposta diventa per essa una necessità : « *Contra-* « *ctus sunt ab initio voluntatis, ex post fa-* « *cto necessitatis* (3). »

Nulladimeno ci à talani contratti che fanno eccezione a questa regola, come sono, a cagion d' esempio, la società ed il mandato. Abbiamo spiegato nel nostro comento della *Società* (4) quando e per qual motivo la volontà d' una delle parti può metter fine alla società ; e ci à ragioni non meno decisive per legittimare una simile facoltà data, per eccezione, alla volontà nel contratto di mandato.

In vero, il mandato deriva dalla volontà del mandante ; ed il mandatario, nell' accettarlo, à voluto rendergli un servigio ovvero adempiere verso di lui ad un officio di amico : *Originem ex officio atque amicitia trahit* (5). Ora, non si presta mica un benefizio a qualcuno suo malgrado (6) ; e però sarebbe contrario alla natura delle cose ed alla ragione che il mandato durasse oltre la volontà di colui dal quale emana e che rivoca i suoi poteri. In tal caso adunque si viene ad allontanarsi, per una insuperabile necessità logica, dalla regola comune la quale vuole non potersi sciogliere un contratto se non se in quel modo medesimo col quale è stato formato.

Esiste un altro motivo donde ciò si corrobora. Il mandato non vien fatto che alla fiducia ; e la fiducia è un sentimento capace di alterazione o di cambiamento. La volontà che à fatto il mandato debbe adunque rimaner libera di rivocarlo.

708. Essendo ammessa la legittimità della rivocazione, fa d' uopo vedere in quali circostanze intervenga (7). In fatti, è cosa interessante di distinguere se essa abbia luogo *rebus integris*, o sia prima che il mandatario abbia cominciato i suoi offici ; ovvero se abbia luogo allor quando il mandatario aveva principiato ad agire.

Nel primo caso, il mandato è considerato non essere esistito giammai : non si scorge da parte del mandatario verun giusto interesse sul quale ei possa poggiare il principio dell' azione *mandati*. « *Mandatarii nihil interest*, » dice assai bene il presidente Favre (8) per spiegare quelle parole del giureconsulto Ulpiano : *Cessore mandati actionem* (9). Si ricordi, in fatti, che quando si contrae il mandato, la sola persona che si obbliga direttamente è il mandatario : il mandante non diventa obbligato se non se *ex post facto*, e quando il mandatario à effettuato certi atti di esecuzione per i quali il mandante gli deve una ratificazione o una indennità. Se quindi la gestione del mandatario non è per anco principiata, ed il mandante viene a pentirsi, il mandatario non à a dire cosa alcuna d' una tale rivocazione che lo libera dalle sue obbligazioni e non lo priva di nessun diritto acquistato ed attuale. Si considera che il mandato non avesse avuto giammai alcuna esistenza (10).

La cosa cambia affatto di aspetto nel secondo caso. La rivocazione estingue indubitatamente il mandato ; ma non toglie l' esistenza di un passato, le operazioni effettuate, i fatti adempiuti, ed in conseguenza il principio di una azione aperta al mandatario *in id quod interest*, per ciò ch' egli à fatto (11). La rivocazione lascia sussistere un tal passato, e non può essere nell' arbitrio del mandante il togliere al mandatario i diritti e le azioni che quest' istesso passato à fatto nascere contro lui. Il mandatario che avrà bene amministrato potrà adunque farsi indennizzare dal mandante delle spese, de' dispendi, e delle anticipazioni che in buona fede avrà fatto prima della rivocazione (12), e potrà pretendere la ratificazione delle sue operazioni.

Ma, per l' avvenire, cessa il mandato. Il mandatario rivocato non à più il diritto di agire : essendo svanite le sue facoltà, rimane straniero al mandante tutto ciò che quegli possa fare. Tutto al più ei può costituirsi *negotiorum gestor* nelle circostanze particolari e molto ristrette delle quali disopra ò parlato (13) ; ed è

(1) Ulpiano, l. 12, § 16, D., *Mandati*. — Ulpiano, l. 15, D., *Mandati*. — Giustiniano, Inst , *Mandati*, § 9.

(2) L. 4, D., *De adimend. legatis*. — L. 32, § *penult.*, D., *De donat. inter vir. et uxorem*. — L. 3, C., *Mandati*.

(3) L. 5, C., *De oblig. et act.*

(4) Mio com. della *Società*, t. 2, n° 966.

(5) L. 1, § 4, D , *Mandati* (Paolo). — *Supra*, n° 338.

(6) L. 69, D., *De reg. juris* : « *Invito beneficium non datur.* »

(7) Vedete l' art. 2004 (1876 LL. civ.), e n° 764, *infra*.

(8) *Ration.* sulla legge 12, § 16, D., *Mandati*.

(9) L. 12, § 16, D., *Mandati*.

(10) Inst. di Giust., *Mandati*, § 9.

(11) Favre, *loc. cit.*

(12) Codice portoghese, articolo 819. — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 429.

(13) N° 79 e segg.

necessario di consultarle in questo luogo, ad oggetto di non dare un' eccessiva estensione ad una tale trasmutazione del mandato in *negotiorum gestio*.

709. La rivocazione del mandato è un fatto di gran rilievo; tutte le parole dell' atto da cui si vuole inferirla debbon essere valutate con attenzione, a fine di non violare la volontà del mandante. Non è già su parole dubbie, equivoche, capaci di più sensi, che può stabilirsi la pruova d'una rivocazione: si deve attendere solamente a quelle espressioni dalle quali derivi necessariamente un cambiamento d' intenzione ed un' alterazione della primitiva volontà (1).

Da un' altra parte, quando son chiare le parole, non bisogna stravolgerle per far deviare l'interpretazione della vera idea del mandante.

Il che cercavasi di fare, secondo Casaregis, nel seguente caso (2):

Morganti, negoziante di Livorno, aveva fatta commissione ai sigg. Gismondi, negozianti di Palermo, di spedirgli 1000 salme di grano da esser prese su i primi grani che il governo siciliano permetterebbe di asportare. Egli diceva loro: « Ò bisogno d' essere servito con prestezza; voglio essere uno de' primi a rimanerne provveduto; poco m' importa che i grani sieno nuovi o che sieno vecchi; poco m' importa ancora del prezzo; la cosa interessante per me è quella di giugnere uno de' primi: mi spedirete queste 1000 salme il più presto possibile per mezzo di capitani di barche ben conosciuti da voi.

I signori Gismondi gli risposero con un' accettazione.

Ben presto il governo rilascia permessi di asportazione; ma i sigg. Gismondi, in vece di effettuar la compra delle 1000 salme di grano, ne comprano soltanto 400, e, per spiegare sì fatta trasgressione, scrivono a Morganti: « Il grano è vecchio e leggiero; è caro; abbiamo creduto di agire per lo meglio de' vostri interessi comperandone per vostro conto solamente 400; noi vi provvederemo del soprappiù nel darsi ulteriormente i permessi di asportazione. »

Ma la prossima raccolta si annunziava sotto sì felici auspici, che le provviste di grano potevano divenir gravose agli speculatori. Scrisse Morganti: « Accetto le vostre 400 salme, ma se questa lettera vi giunge a tempo, sospendete le nuove compre; PIACCIAVI SOSPENDERE PER MIO CONTO NUOVI ACQUISTI. »

Cosa mai voleva egli dire? Intendeva forse di rivocare il suo mandato per lo soprappiù? O pure la proibizione di comprare doveva riferirsi solamente a que' grani l' asportazione de' quali era stata autorizzata con i primi decreti del governo? E, in tale ipotesi, Morganti non lasciava forse sussistere il suo mandato per comprare le rimanenti 600 salme su i grani da asportarsi in seguito di ulteriori decreti del governo?

I sigg. Gismondi diedero appunto quest' ultimo senso alla lettera di Morganti. Comprarono 600 salme su i grani compresi nelle ulteriori asportazioni, e le spedirono a Morganti. Ma costui rifiutò riceverle. Ed ecco intentata una lite. Il primo giudice dichiarò che i sigg. Gismondi avevano oltrepassato i limiti del mandato. Sull' appello, la causa fu lungamente discussa, e Casaregis ne dà tutte le particolarità. La sentenza pronunziata contro l'opinione di due auditori della Rota ed in conformità del sentimento di Casaregis, decise che il mandato era stato rivocato, e che i sigg. Gismondi non potevano costringere Morganti a ricevere le 600 salme od a pagarne il prezzo.

710. Può succedere che il mandatario ignori la rivocazione, e che faccia atti di amministrazione pria d' esserne stato informato. Ulpiano à preveduto un tal caso nella legge 15, D., *Mandati* Io vi fo il mandato di comprarmi una casa: ben presto cambio d idea, e vi scrivo una lettera per avvertirvi che non intendo più di fare quell'acquisto; mai voi avete effettuata la compra prima che vi fosse pervenuto il mio contrordine. Sì fatta operazione dev'essere da me ratificata, perciocchè voi avete ignorata la rivocazione del mandato, ed il servigio che avete creduto di prestarmi non deve diventar per voi una causa di danno. Si è questo il caso di dir con Paolo: *Competere actionem, utilitatis causa, dicitur* (3). La rivocazione è un fatto che il mandatario à avuto giusto motivo d' ignorare. Non si può rimproverargli di non avere antiveduto il cambiamento di volontà (4). *Ignoscendum enim*, dice Ulpiano con eleganza, *si non divinavit* (5).

Del rimanente, si sa che in tutte le materie nelle quali si tratta di *damno vitando*, l'ignoranza di un fatto non potrebbe produrre nocumento (6). E quali persone vorrebbero mai incaricarsi d' un mandato se l' ignoranza della rivocazione della procura potesse essere pel mandatario una causa di pregiudizio (7)?

(1) Casaregis, *disc.* 119, n' 34 e 35: « *Non si può fondare sopra parole dubbie, equivoche, e riferibili « a più sensi; ma sopra tali parole dalle quali necessariamente ed espressamente resti convinta la revocazione « ed alterazione della volontà e mandato precedente.* »

(2) *Disc.* 119.

(3) L. 26, D , *Mandati*

(4) Dice Favre sulla legge 15: « *Nisi forte imputare ei volumus cur non divinaverit revocationem, quod « esset absurdum.* »

(5) L. 29, § 2, D., *Mandati.*

(6) L. 8, D., *De juris et facti ignor.* — L. 77, § *Maevio*, D., *De legat*, 2.° — L. 18, 34, § *Si Titium*, e § *Si debitor.*, e 82, D., *De solut.* — L. penult., D., *De reb. credit.*

(7) Favre sulla legge 15, D., *Mandati.*

Da ultimo, aggiungiamo che l'ignoranza del mandatario è tanto più scusabile in quantochè la rivocazione del mandato non si presume, essendo il mandante considerato sempre di perseverare nella stessa volontà : « *Mandans « praesumitur in eadem voluntate perseve- « rare* (1). »

711. Appunto per ciò suppone la legge che la volontà che fa cessare i poteri del mandatario dev' essere portata alla sua conoscenza, o sia a lui *notificata*, secondo dicono gli articoli 2004 e 2006 del Codice civile (1876 e 1878 LL. civ.).

Ed una tale conoscenza o notificazione è inseparabile dalla rivocazione, tanto se questa rivocazione sia espressa, quanto se sia tacita (2).

712. Allor quando essa è espressa, si sottintende bene che la notificazione fattane al mandatario sia quella che fa sortire alla rivocazione la sua efficacia : una tale notificazione è anzi uno de' due termini dell' atto che mette fine al contratto. Il mandato è stato precisamente consegnato al mandatario : però fa d' uopo ritirarlo dalle sue mani (3). In vero, cosa mai ci à di minor considerazione, quanto il fatto di un mandante che, volendo espressamente rivocare la sua procura, non si rivolgesse al suo procuratore per dirgli : *Io vi rivoco*, e lasciasse inerte ed ignorata la sua rivocazione? Si sarebbe al certo nel caso di applicare quella regola di diritto: « *Idem est non esse et non ap- « parere.* » La rivocazione è un fatto del mandante e questo fatto è forse ignorato dal mandatario, il quale ben crede che colui perseveri nella sua primitiva volontà. Laonde il mandante deve informarlo di ciò (4).

Allato alla rivocazione espressa, la cui forma naturale e logica è quella di rivolgersi direttamente al mandatario, ci sono delle tacite rivocazioni che derivano da fatti e da circostanze. L' articolo 2006 (1878 LL. civ.) ne costituisce uno esempio (5). Ma, quantunque fosse tacita la rivocazione, quantunque non avesse l' impronta di veruna espressa forma speciale, non potrebbe dirsi che la sua effettiva efficacia potesse far trasandare la notificazione al mandatario. La rivocazione e la notificazione possono, senza dubbio, essere due atti separati, ma bisogna che il secondo si unisca al primo perchè questo abbia un' effettiva efficacia ; convicne che la notificazione intervenga per far cessare i poteri del mandatario.

Supponghiamo, a cagion d' esempio, che avendo io costituito Pietro per mio mandatario affinchè comperasse una partita di seterie che dev' esser venduta a Lione, io faccia, dopo qualche tempo, l' ordine di effettuare una tale compra a Giacomo, il quale mi viene indicato come quegli che sia più idoneo in affari di commissione : si fatta costituzione di un nuovo mandatario per lo stesso affare equivale ad una rivocazione ; ma questa rivocazione produce effetto solamente dal giorno in cui è stata notificata a Pietro (articolo 2006 (1878 LL. civ.)).

713. Facciamo intanto un' osservazione necessaria per evitare qualche errore. Abbiamo fatto ora rilevare l' importanza della notificazione, e non ci à cosa alcuna a menomare da ciò che abbiamo detto a tal riguardo. Ma qual mai è lo scopo della notificazione? Quello di far conoscere al mandatario ciò ch' egli non conosce affatto, val dire la rivocazione che ignora. Ora, quando conosce, con un mezzo qualunque, la rivocazione de' suoi poteri, qual bisogno ci à di una notificazione? In una materia simile al mandato, in cui tutto è di buona fede, ed in cui ogni cosa deve andare innanzi senza inutili o incomode formalità, non si richieggono precauzioni superflue. Il perchè decide la giureprudenza che quando il mandatario è consapevole, mediante fatti quali che fossero, della rivocazione de' suoi poteri, questa conoscenza dispensa il mandante dal fargli una diretta notificazione (6). Basta che sappia il mandatario com' egli abbia perduto la fiducia del suo mandante, perchè sia suo dovere il cessar di fare (7).

E tocca al giudice di valutare le circostanze donde emerge la pruova che la rivocazione era ben conosciuta dal mandatario.

Noi abbiamo osservato, al n° 710, *in fine*, che una conoscenza si fatta non si presume facilmente.

714. Ma se il mandatario è rimasto nell' ignoranza della rivocazione, sia perchè questa non gli è stata notificata, sia perchè qualche mezzo indiretto non l' à portata alla sua conoscenza, la rivocazione non à veruno effetto. Essa rimane senza efficacia, e però sono valide tutte le operazioni effettuate dal mandatario dopo una tale rivocazione ignorata.

715. Per verità, si rinviene nel Digesto un testo che sembra difficilmente conciliarsi con la suddetta proposizione. Un padre aveva fatto al suo figliuolo il mandato di manomettere Stico suo schiavo. Ben presto ei si pente, e spedisce

(1) Casaregis, *disc.* 30, n° 21; *disc.* 119, ni 32 e 33; *disc.* 74, n° 11.
(2) Pothier, n° 121.
(3) Argomento dall' articolo 2004 del Codice civile (1876 LL. civ.).
(4) Stracchа, *De decoctoribus*, part. 3, n° 51. — *Infra*, n° 751.
(5) Vedete il mio comento di quest' articolo. — *Infra*, n° 777.
(6) Cassazione, ricorsi, 14 maggio 1829 — (D., 34, 1, 402). — Pothier, n° 121. — *Infra* n° 786.
(7) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 132. — Zacchariae, t. 3, p. 133, nota (5).

al suo figliuolo un messo per vietargli di mandare ad effetto la manumissione. Costui giunse troppo tardi; trovò già effettuata la liberazione. Questione di conoscere se lo schiavo fosse libero. No! risponde Giuliano (1), imperciocchè la manumissione à avuto luogo contro la volontà del mandante, e non può esserci valida liberazione, se non se con la volontà del padrone.

Molte cose sono state dette dagl' interpreti su questa legge. Ma io credo che non bisogna dedurne veruna conseguenza atta a modificare le regole che abbiamo stabilite pel mandato. La mentovata decisione di Giuliano è particolare alla materia delle manumissioni, la quale richiedeva una pienezza di volontà più completa e più ferma (2). Vedremo, in fatti, con l'articolo 2008 del Codice civile (1880 LL. civ.), che l'ignoranza del mandatario fa perdurare il mandato in faccia ai terzi, e che quella legge di Giuliano non è affatto conciliabile con i principî generali.

716. Del rimanente, per ovviare al contatto del mandatario rivocato con i terzi, ed alle quistioni che ne nascono, l'articolo 2004 (1876 LL. civ.) indica al mandante un salutare espediente. Noi ne faremo rilevare l'utilità nel nostro comento di quest'articolo.

717. Il mandatario rivocato può, anzi deve, fare talune cose che sono una conseguenza necessaria di ciò che à principiato. Per esempio, se à venduto mercanzie le quali sono in suo potere, ei deve consegnarle; se à comperato oggetti de' quali gli è stata fatta la consegna, ei deve spedirli al mandante (3). È vero che il mandatario à perduto la fiducia del mandante (4); ma ciò non ostante ci à taluni atti che sono sì fattamente ligati a ciò ch'è stato principiato che il solo mandatario può compierli: ed in questo caso, ei sarebbe di cattiva fede se vi si negasse.

718. Ci à mandati i quali sono irrevocabili. Tale è il caso del *procurator in rem suam* (5): tale è il caso del socio incaricato dell'amministrazione con una clausola speciale del contratto di società, il quale socio non può essere rivocato senza un legittimo motivo (6). La rivocazione è allora un atto sterile che non toglie al mandatario nessun di lui diritto. « *Tale mandatum revocari non potest nec tacite per mortem, nec per expressam revocationem* (7).

719. Allor quando il mandato è rivocabile, siccome appunto la sua natura il comporta, la rivocazione, per essere efficace, non può emanare da altri se non se dallo stesso potere che à fatta la procura.

Segue forse da ciò che quando il mandato è conferito da più persone per un affare comune (8), la rivocazione debb' esser l'opera di tutti? « *Plene firmari*, dice Casaregis (9), *ministrum removeri non posse sine consensu omnium sociorum et interesse habentium.* » In vero, gli atti che riflettono l'interesse di più persone, siccome insegna in altro luogo lo stesso Casaregis, non sono efficaci se non quando sono fatti da tutti congiuntamente, o pure col loro consentimento ed il loro intervento (10).

Intanto io ò detto nel mio comento del titolo della *Società* (11), che la rivocazione del gestore nominato col contratto sociale possa essere domandata in giudizio da un solo de' soci. Ma si è potuto osservare ch'in mi sono poggiato sur un motivo particolare che qui non esiste, cioè che il socio il quale sarebbe dichiarato inammissibile a provocare la deposizione del gestore potrebbe domandare lo scioglimento della stessa società, e che per conseguenza i *consoci* i quali avranno interesse all'esistenza della società si guarderanno d'elevare un tal motivo di compromissiva inammissibilità.

Ciò che ò detto al n° 680 della cennata opera va più direttamente alla nostra questione. Quando il gestore d'una società è nominato dopo e separatamente dal contratto sociale, io ò opinato che la volontà d'un solo possa dar termine ad un tal mandato. Ed ecco la mia ragione: in una società, ogni socio è investito, di diritto, del potere d'amministrare: articolo 1859 (1731 LL. civ.). Ora, appunto questo potere è stato da ciascun socio delegato al gestore. Ognuno non à dato potere se non per sè, e la sua volontà può rivocare quel che la stessa sua volontà à potuto fare.

Questa ragione è essa generalmente applica-

(1) L. 4, D., *De manum. vindicta.* — *Junge* Paolo, l. 15, § 1, D., *Qui et a quib. manumissis.*
(2) *Infra*, n° 724.
(3) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 438.
(4) *Supra*, n° 384.
(5) L. 15, D., *De pactis* — Casaregis, *disc.* 39, n° 9.
(6) Articolo 1856 del Codice civile (1728 LL. civ.).—Mio comento della *Società*, t. 2, n° 669.— *Junge*, per un altro esempio, un arresta della Corte reale di Bordò del 7 luglio 1837 (Dev. 37, 2, 452).
(7) Casaregis, *disc.* 33, n° 15, e *disc.* 39, n° 9. — Secondo Ansaldo, *disc.* 65, ni 20, 21. — E Cancerio, *Variar. resol.*, part. 2, cap. 6, n° 131.
(8) Articolo 2002 (1874 LL. civ.).
(9) *Disc.* 128, n° 9.
(10) Casaregis, *disc.* 81, ni 1 e 2: « *Omnes actus qui sunt a pluribus personis peragendi, tunc necesse sit fieri ab omnibus conjunctius, cum interventu et consensu eorumdem.* » Ed indi a tanto, ai ni 3 e 4: « *Quod si actus est, in quo versatur facientium utilitas, vel animi offectio, requiri debent etiam absentes; alias non valet.* »
(11) T. 2, n° 676.

bile ad ogni specie di comunione, in cui coloro che trovansi in comunione hanno un mandato in comune per l' affare comune? Io non trovo ragione alcuna per la negativa, e però non approvo l' opinione di Casaregis.

Supponghiamo, a cagion di esempio, che Pietro e Paolo, comproprietari d' una casa, abbiano fatta a Francesco procura di venderla. Pietro à indizi tali da menomare la sua fiducia in Francesco. Bisognerà forse con tutto ciò, qualora Paolo vi si opponga, che continui a farsi rappresentare da un uomo di cui avrà diffidenza? L' acciecamento del suo consorte potrà mai compromettere i suoi reali interessi? E perchè adunque non direbbe a Francesco: « Io rivoco il mandato che vi ò fatto; vendete la quota di Paolo, dappoichè costui vi consente ancora; ma vi proibisco di alienare la mia: e tutto quello che farete sarà nullo rispetto a me? » Ad un linguaggio sì fatto il quale è dettato dal buon senso io dubito sul potere opporre con successo l' opinione di Casaregis.

§ 2 *Dell' estinzione del mandato per la rinunzia del mandatario.*

720. La seconda causa che fa estinguere il mandato è la rinunzia del mandatario.

Noi abbiamo già esposti i principi che regolano questo punto (1): e ci faremo a renderli più compiuti nel comento dell' art. 2007 (1879 LL. civ.) il quale rende completo il nostro paragrafo.

§ 3. *Dell'estinzione del mandato per la morte naturale o civile del mandante o del mandatario.*

721. La morte del mandante è posta fra le cause che pongon termine al mandato: *Mandatum solvitur morte* (2).

Quale è mai la ragione di questo punto di diritto? Per qual motivo la morte. che non fa terminare la locazione (3), la vendita, fa estinguere il mandato?

Il contratto di mandato è stato principalmente introdotto per l' interesse del mandante: la volontà di quest' ultimo è quella che lo sostiene (4); e quando cessa di esistere una tale volontà, il mandato, privo del suo essenziale fondamento, si riduce al niente. Il mandato non rassomiglia quindi in ciò agli altri contratti che si sciolgono con la comune volontà delle parti ed ai quali la morte non arreca verun cambiamento. Come la rivocazione espressa o tacita del mandato pone termine al contratto, parimente la morte, simile sotto molti rapporti ad una tacita rivocazione perciocchè implica la cessazione della volontà del mandante, ne mena seco l' estinzione.

Nulladimeno non vorrei dire con Casaregis che la morte operi una vera rivocazione (5). La morte fa cessare la volontà, ma non sostituisce affatto, al pari della rivocazione, una nuova volontà alla primitiva. Allorchè ci à rivocazione, il mandante annulla con una risoluzione contraria quello che prima aveva stabilito. Allor quando ci à morte, nessuno può affermare che il mandante avrebbe cambiato di volontà se fosse vissuto.

722. Allorchè la morte del mandante avviene in un tempo in cui le cose sono intere, il mandato è considerato non esser mai esistito. Tutto ciò che disopra abbiamo detto al n° 708, è applicabile in questo caso.

723. Essa, quando succede in un momento in cui si sta eseguendo il mandato, fa cessare questo stesso mandato solamente per l'avvenire. Il passato sussiste con tutti que'diritti che à potuto conferire al mandatario, siccome noi abbiamo detto al n° 708; imperocchè se è finito il mandato, durano ancora le azioni che ne derivano (6).

724. Nel caso in cui la morte è ignorata dal mandatario, il mandato si prolunga nell' avvenire art. 2008 (1880 LL. civ.): le operazioni effettuate dal mandatario sono protette dall' azione *mandati contraria* (7). Un motivo d'utilità (*utilitatis causa*) (8) fa sopravvivere il mandato alla volontà mancante del mandante trapassato. Ed in vero, chi mai vorrebbe accettare un mandato ove il mandatario fosse esposto a veder mettere a suo peso gli atti ai quali si fosse dato nell' ignoranza d' un fatto ch' ei non era obbligato di conoscere? Gli eredi del mandante dovevano affrettarsi di renderne lo consapevole. Se la posteriore esecuzione del mandato à cagionato ad essi qualche danno,

(1) *Supra*, ni 337, 338.
(2) Paolo, l. 26, D, *Mandati* (lib. 32, *Ad edict.*).
(3) Ulpiano, l. 19, § 8, D, *Locati.* — Labeone, l. 60, § 1, D., *Locati.* — L. 10, C, *De loc.*
(4) *Supra*, n° 706.
(5) Casaregis, *disc.* 33, n° 15. — V. *supra*, n° 718, il passo di quest' autore.
(6) Mio com. della *Società*, t. 2, n° 892.
(7) Paolo, l. 26, D, *Mandati.*
(8) Paolo, *loc. cit.*

ae incalpino sè stessi, e cessino di molestare il mandataria la cui giusta ignoranza debb'essere rispettata. Ed appunto ciò veniva epilogata da Giuliano con queste energiche parole: « *Mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare* (1). »

Noi abbiamo osservata che il contratto di società attinge dal mandato queste idee piene di senso (2).

725. Il diritto romano le applicava pur anca nel caso di un mandato fatto per manomettere, quantunque la liberazione dalla schiavitù richiedesse la più grande pienezza di volontà da parte del manumissore (3).

Un padre avea permesso al suo figliuolo (ed un permesso equivale ad un mandato (4)) di manomettere il suo schiavo. Dopo qualche tempo, questo padre trapassa *ab intestato*, e il suo figliuolo, ignorando un tale avvenimento, libera lo schiavo dalla servitù. Giuliano non esita affatto a decidere nel libro 42 de' suoi Digesti, che lo schiavo dev'essere libero, non essendo per altro pruovato da nessuna cosa che la volontà del padrone fosse cambiata prima della sua morte (5).

726. In ciò che concerne i terzi, non è meno evidente che la loro ignoranza dell'avvenuta morte fa esser valido ciò che in buona fede àn fatto col mandatario. La loro condizione è eminentemente favorevole: così, per esempio, cosa mai può meritare più interesse dello schiavo di cui abbiamo parlato al numero precedente, che à ricevuto la libertà, che forse ne à goduto per qualche tempo, ed a cui vorrebbesi rapirla col pretesto di un avvenimento ignorato da tutti?

Del rimanente, l'art. 2009 (1881 LL. civ.) si occupa precisamente de' terzi. Noi vi ritorneremo di qui a poco (6).

727. Da tutto ciò converrà forse conchiudere che il mandato non si estingua di pieno diritto per la morte, e ch'esso differisca in questo dalla società art. 1865 del Cod. civ (1737 riformato LL. civ.) (7)? Io rispondo: La morte fa cessare di pieno diritto il mandato in questo senso, che non è affatto necessario di pruovare che il mandante aveva cambiato di volontà; od anche in questo senso che non è mica richiesto un atto di formale notificazione per impedire l'esecuzione del mandato. Questa esecuzione si trova necessariamente renduta vana per effetto della conoscenza della morte che il mandatario acquista in un qualsiasi modo. Perchè si estingua la procura non deve officialmente o giudiziariamente intervenire nessuna proibizione di agire, nessun ordine di cessar di fare. La morte del mandante è bastata essa sola per togliere ad essa il suo sostegno. Solamente il mandatario deve conoscere un tale avvenimento: *idem est non esse et non apparere*.

728. Ci sono certi mandati i quali son fatti per durare dopo la morte (8): però questa non li rivoca affatto. Essi trasmettonsi agli eredi del mandante. Ulpiano ce ne somministra un esempio, secondo Marcello, cioè il caso in cui una persona incarica un' altra di ergerle un monumento dopo la sua morte. Decidono i due giureconsulti che l'erede del defunto avrà contro il mandatario l'azione *mandati*: « *Haeres ejus poterit mandati agere ut perficiatur*. » Tale è ancora il parere di Cajo in un caso nel quale Tizio aveva dato uno schiavo a Sempronio perchè dopo la sua morte lo avesse liberato dalla servitù. Cajo decide che sia valido un mandato sì fatto: « *Constitit obligatio* (9). » E questa non è mica da parte di quel giureconsulto un'opinione detta di passaggio; giacchè la ripete nella legge 13, D, *Mandati*, la quale tratta d'un mandato fatto a Sempronio per la compera di un fondo dopo la morte del mandante per gli eredi di quest'ultimo. Ed in vero, come mai sarebbe possibile di far finire, con la morte del mandante, un mandato che costui à fatto perchè fosse eseguito solamente dopo la sua morte? L'obbligazione è nata durante la vita del mandante, e poco importa che l'esecuzione ne sia differita dopo la sua morte. La volontà delle parti à potuto derogare alla volontà consueta che affibbia l'estinzione del mandato alla morte del mandante (10). Stracca ci fa sapere che l'uso di simili mandati era frequente fra i mercanti di Firenze (11), i quali li facevano per testamento.

(1) L. 26. D, *Mandati*.
(2) Mio com. della *Società*, t. 2, n° 901.
(3) *Supra*, n° 715
(4) Ulpiano, l. 18, D, *Mandati*: « *Qui patitur ab alio mandari ut sibi credatur, mandare intelligitur.* » — Favre, *Ration.*, sulla legge 15, D, *Mandati*: « *Permissio mandati vim obtinet.* »
(5) L. 4., D., *De manumissis vindicta*. — Paolo nel libro 1° del suo comento sulla legge Giulia, ricorda la suddetta decisione di Giuliano: l. 15, § 1, D, *Qui et a quibus manumissi*.
(6) Vedete *infra*, n° 817, ed il mio comento della *Società*, t. 2, n° 901.
(7) Mio comento della *Società*, t. 2, n° 890 e 903.
(8) Ulpiano, l. 12, § 12, D., *Mandati*. — Menochio à trattato assai bene questa materia, *Praesumpt.*, lib. 2, c. 36, n° 37.
(9) L. 27, § 1, D., *Mandati*.
(10) Bartolo, sulla legge fin., D., *De solut.* — Boerio, *decis.* 348, n° 6. — Stracha, *Mandato*, n° 49. — Casaregis, *disc.* 35, n° 8, 31 e 33. — Favre, sulla legge 12, § 12, D., *Mandati*. — Pothier, n° 108. — Duranton, t. 18, n° 284. — Zachariae, t. 3, p. 134.
(11) *Loc. cit.*

E noi ne abbiamo osservato di sopra un notevole esempio al numero 468. Gli esecutori testamentari ne somministrano appo noi un altro consuetissimo esempio (1).

729. Si può opporre la legge 108, D., *De solut.*, cavata dalle opere di Paolo. Ma Cujacio à dimostrato ch' essa è svisata per due trasposizioni; e questo grande giureconsulto, altrettanto eccellente critico quanto abile filologo, l' à conciliata con le leggi precitate mediante un lino e felice riducimento (2).

730. Si tenterà d'andare ad attingere un'obbiezione nella legge 77, § 6, D., *De legat.*, 2° ? Ma cosa dice adunque questa legge ? Un creditore fa ordine a Mevio, suo debitore, di pagare ciò che gli deve a Tizio, cui voleva fare una donazione attuale, ma rivocabile sino alla sua morte. Mevio non effettua il pagamento durante la vita del creditore; ma, avendo saputo la costui morte, esegue il pagamento a Tizio. Questa non è mica il caso d' un mandato eseguibile dopo la morte del mandante : è tutt' altra cosa : è una donazione a causa di morte, fatta per essere eseguita attualmente, sotto una condizione risolutiva. Se Papiniano (3) decide che il pagamento effettuato dopo la morte non libera Mevio, e che Tizio non è considerata aver ricevuto la somma a causa di morte, è pel motivo che non vi era stata alcuna tradizione nel tempo in cui viveva il donante, e la donazione era rimasta imperfetta. Ma Papiniano non allude menomamente ad un mandato eseguibile dopo la morte del mandante, e nullo,a motivo di sì fatta circostanza (4).

731. In somma, io non veggo perchè mai il mandato non potrebbe durare oltre la vita del mandante,quando viene ammesso in giurisprudenza che sia valida quella clausola la quale fa passare la società agli eredi (5). E Paolo non à egli detto che ci aveva parità in questi due contratti ? *Tunc eadem distinctione utimur qua in mandato* (6).

732. In fine (per antivedere ogni cosa), se menti scrupolose dicessero come la nostra dottrina tenda a far rivivere sotto il Cod civ. le donazioni a causa di morte ed i fedecommessi proscritti dal diritto moderno, noi non saremmo impacciati nel rispondere alle loro difficoltà.

Ogni qualvolta il mandato, eseguibile dopo la morte del mandante, non sarà che una forma adoperata per covrire una donazione a causa di morte ovvero un fedecommesso vietato, non esiteremo ad abbandonarlo. Ma infinoattantochè non presenterà questi caratteri, noi sosterremo che sono esagerate le difficoltà elevate contro di esso.

Tizia, volendo fare una donazione a Septicio ed a Mevio, suoi debitori, della somma che costavano le dovevano, consegnò ad Ageria le loro private dichiarazioni di debito, e le disse: « Se io muojo, consegnate questi titoli a Septicio ed a Mevio; se sopravvivo, me li restituite. » Morì Tizia, ed Ageria fece a Septicio ed a Mevio la consegna di cui era stata incaricata. L' ereditiera di Tizia credette intanto di poter agire in giudizio per reclamare le somme contenute ne' titoli soscritti da que' due debitori. Ma Giuliano, consultato sopra un' azione sì fatta, rispose che una tale pretensione doveva essere considerata come dolosa, e che l'eccezione *pacti conventi* o *doli mali* doveva far rigettare la domanda (7).

E che è mai questo caso ? È ben quello di una donazione a causa di morte, ed il mandato fatto ad Ageria per essere eseguito dopo la morte di Tizia altro non è che un mezzo adoperato per condurre a fine un atto di ultima disposizione. Quest' atto era valido presso i Romani; ma sotto il Codice civile non à verun carattere legale, e non mai per un caso di questo genere noi riveadichiamo la regola che il mandato eseguibile dopo la morte del mandante non è rivocato per la sua morte (8). Noi diciamo, per l' opposto, che questa forma sia un abuso condannabile; e non vogliamo ch' essa protegga quelli atti i quali sono riprovati.

733. Ciò è quanto abbiamo insegnato nel nostro comento del *Deposito* (9), ove abbiamo mostrato in qual modo i mandati così fatti, potendo servire a far risorgere gli abusi de' fedecommessi, debbono essere considerati siccome rivocati per la morte, ad onta di qualsiasi stipulazione in contrario (10).

Ma qual relazione esiste mai fra simili sutterfugi ed un semplice mandato fatto per la gestione degli affari del mandante con la clausola di continuare malgrado la costui mor-

(1) Articolo 1025 e segg. del Codice civile (980 LL. civ.).
(2) Lib 1, *Observat* , c 38.
(3) Al libro 8 de' suoi Responsi. — Vedete Cujacio nel suo comento di quest' opera. Io seguo la sua interpetrazione
(4) Favre, *Rationalia*, sulla legge 12, § 12, D., *Mandati*.
(5) Mio comento della *Società*, t. 2, n° 880, articolo 1868 del Codice civile (1840 LL. civ.), e n° 949.
(6) L. 65, § 10, D., *Pro socio*.
(7) L. 18, § 2, D., *De mortis causa donat.* (lib. 60, *Digest*). — Vedete Cujacio nel suo comento di quest' opera.
(8) Vedete la nota *r* di Gotofredo, sulla legge 18, § 2, D , sopra citata.
(9) Comento degli articoli 1931, 1938, 1939 (1803, 1810, 1811 LL. civ.), nⁱ 147 e segg.
(10) *Junge* Caen, 12 marzo 1827 (Dev., 8, 2, 345). — Monpellieri, 6 marzo 1828 (Dev., 9, 2, 49). — Nimes, 9 gennajo 1833 (Dev , 33, 2, 206). — Cassazione, 16 agosto 1842 (Dev , 42, 1, 350).

le? Questa clausola non è forse giovevole all' andamento degli affari? Non ne impedisce forse l' interrompimento? Non è egli giusto che venga rispettata quando è pura ed è scevra d' ogni frode fatta alla legge? E poi, gli eredi del defunto non ànno eglino il mezzo di provvedere ai loro interessi rivocando essi stessi il mandato ove non sieno contenti dei servigi del mandatario?

734. Nulladimeno è ammessa da' dottori una eccezione a questo punto di diritto. I quali vogliono che il mandato fatto per durare dopo la morte si estingua qualora sia minore l' erede del mandante trapassato (1). È ingegnosa la ragione che ne assegnano. Il mandante, da maggiore che era, è diventato minore: ci è stato nella sua persona, rappresentata dal suo erede, un cambiamento di stato che annulla il mandato (2). Una tale ragione può ricevere no sostegno dalla disposizione contenuta nell' articolo 2003 del Codice civile (1825 riformato LL. civ.).

735. Per altro, essi vogliono che, anche in questo caso, duri il mandato se il mandante abbia voluto espressamente o tacitamente, ma sempre con cognizione di causa, che il mandato non rimanesse estinto per la minorità dell' erede (3).

736. Secondo il diritto romano, la durata del mandato oltre la morte del mandante à luogo parimente di pieno diritto nel caso di prepositura (4).

Ma io vorrei ammettere questa regola, io diritto francese, solamente quando la prepositura fosse salariata. Imperciocchè essa è allora una locazione di opere anzichè un mandato; e si sa che la locazione di opere non è sciolta per la morte del proprietario (5).

Debbo con tutto ciò confessare che i più accreditati autori commerciali non fanno una tale distinzione (6), e Casaregis riferisce una decisione la quale sembra ributtarla (7).

Giampietro, banchiere, aveva stabilito a Venezia una succursale della sua casa: aveva posto alla direzione di questo stabilimento un suo figliuolo nomato Giuseppe-Maria; ed aveva scritto una circolare a tutt' i suoi corrispondenti perchè considerassero il medesimo Giuseppe-Maria qual proprietario di quel ramo di commercio, promettendo d' essere suo fidejussore per tutte le obbligazioni che da costui si contrarrebbero.

Ei morì, lasciando quattro figliuoli: Giuseppe-Maria ch' era maggiore, e Leonardo Ottavio e Luigi ch' erano minori e però sotto la tutela della loro madre.

Giuseppe-Maria continuò la banca; e dopo la morte di suo padre, contrasse obbligazioni commerciali.

Si animò fra i figli una quistione assai viva per sapere se l' eredità dovess' essere risponsabile delle lettere di cambio sottoscritte da Giuseppe-Maria dopo la morte di suo padre. Da parte de' minori, fu sostenuto che quelle lettere di cambio erano nuove obbligazioni le quali non potevano ridondare contro gli eredi di Giampietro, perciocchè il mandato da costui fatto era estinto con la sua morte. Invocavasi la legge 41, D., *De reb. credit.*, tanto celebre in questa materia, ed aggiungevasi che Leonardo, Ottavio e Luigi erano minori nel tempo della morte del lor padre, e che tanto meno dovevano essere tenuti per le conseguenze d' un mandato il quale aveva ricevuto sì numerose impugnazioni per la morte del mandante (8).

Nulladimeno la decisione de' giudici fu contraria alla suddetta pretensione. Ed eccone le basi:

La legge 41, D., *Si cert. petat.*, risguarda un diverso caso. Africano, dalle cui opere è stata tratta, prevede il caso d' uno schiavo (*dispensator*) ch' era stato preposto dal suo padrone per far valere i suoi capitali ad interesse nella provincia (9). Morì il padrone, lasciandogli la libertà e dandogli una porzione della sua successione. Intanto quegli, ignorando tal cambiamento di stato, aveva fatto taluni contratti che i suoi coeredi negarono di ratificare per la loro parte, pretendendo che eccedevano i termini della prepositura di lui (10). Egli aveva ricevuto pagamenti e rilasciato quietanze, aveva impiegato nuovamente i fondi, aveva preteso sicurtà, ed aveva stipulato interessi. *Quid juris* sopra tutti questi punti? Africano li esamina. Ma quello che fa sì che non sia applicabile al caso attuale la decisione con la quale ei riprnova gli atti intervenuti fra il *dispensator* e coloro che conoscevano la morte del padrone, è che trattasi, non già d'uno schiavo institore, bensì d' un *dispensator*, preposto

(1) Stracchà, *Mandati*, nº 49. — Casaregis, *disc.* 31, nº 33; e *disc.* 35, nº 8.
(2) Casaregis, *disc.* 31, nº 33.
(3) *Id.*, 35, nº 9.
(4) Ulpiano, l. 11, D, *De instit. act.* — Paolo, l. 17, § 2, *De instit act.* — Casaregis, *disc* 35, nⁱ 10 ed 11, e *disc* 128, nⁱ 6 e 7. — Mantica, *De tacit. et ambig.*, lib. 7, t. 25, nº 5; 21, nº 4. — Pothier, *Mandato*, 109, 111, ed *Oblig.*, nº 443.
(5) Mio comento della *Locazione*, nº 1045. — *Supra*, nº 227.
(6) Casaregis, *disc* 29, nⁱ 10 ed 11, seguendo l' opinione di molti dottori di diritto civile e *disc.* 128, nº 6.
(7) *Disc.* 35, nⁱ 14, 15, e segg.
(8) *Disc* 35, nº 15.
(9) V. il mio comento del *Prestito*, prefazione, p. LX e segg.
(10) È necessario leggere Cujacio, *ad Afric.*, *tract.* 8, sulla legge *Ejus qui* (*De reb. credit.*).

all'esercizio del traffico in impieghi di danaro. Ora, la *dispensatio* regolata dai principi del mandato anzichè da quelli della prepositura. Africano applica adunque i puri principi del mandato. Ma i principi relativi all'institore sono diversi: il mandato del *dispensator* è un mandato ordinario; mentre che quello dell'institore non finisce con la morte del mandante. « *Morte ejus*, dice Cujacio, *qui praeposuit* « *mercibus institorem, non finitur praeposi-* « *tio*; *dispensatio pecuniae finitur, et manda-* « *to potius accidit quam praepositioni* (1). »

Ora, qual è il fatto sul quale ci à luogo a statuire? Fa d'uopo esaminare le cose ch'esso presenta.

Giampietro à assunta verso i terzi ai quali à annunziato il commercio del suo figliuolo la qualità di costui fidejussore (2). Non è già un institore l'esistenza del quale à indicato ad essi: è lo stabilimento d'un nuovo commercio mandato ad effetto dalla persona raccomandata; è la garentia d'un vero fidejussore offerta ai terzi.

Ora, chi non conosce come la fidejussione produca obbligazioni che trasmettonsi agli eredi (3)?

Gli è vero che dopo un anno di esercizio della banca in proprio nome, Giuseppe-Maria avvisò che il commercio continuerebbe per l'avvenire sotto il nome di Giampietro suo padre il quale allora era in vita (4). Ma non essendo intervenuto Giampietro ad un tal cambiamento con verun fatto personale, la sua obbligazione qual fidejussore di tutti gli atti fatti e da fare è rimasta la stessa, ed à coverto la nuova condizione presa da Giuseppe-Maria. Bisogna aggiungere eziandio che Giampietro, se ne à avuto conoscenza ed à tollerato che il suo figliuolo si fosse servito del suo nome, è considerato aver voluto rafforzare anzichè menomare la sua primitiva obbligazione (5).

Ma se si lasci da banda quest'aspetto dell'affare, e si riguardi Giuseppe-Maria qual institore di suo padre, la causa de' minori non diverrà mica migliore (6). Da una parte, la loro madre e tutrice, in cambio di rivocare il mandato fatto dal padre comune a Giuseppe-Maria, lo à anzi confermato. Da un'altra parte, il mandato dell'institore dura dopo la morte del principale, anche co'suoi eredi minori (7). L'utilità del commercio, che è pure un'utilità pubblica, richiede che quegli il quale à contrattato con l'institore d'un negoziante, i cui poteri non vengono rivocati dagli eredi di questo stesso negoziante o dal tutore de'suoi eredi minori, non sia ingannato nella sua fiducia (8). In ciò (convien ripetere) non si tien dietro ai principi ordinari del mandato; la prepositura dell'institore è regolata con norme particolari.

Ad onta di queste ragioni e di queste autorità, io son d'avviso che la prepositura gratuita, la quale costituisce vero mandato, finisca per la morte del mandante. Ma perchè essa nel commercio è quasi sempre salariata, la presente quistione offre poco interesse pratico e viene ad essere regolata dalla locazione.

737. Non è sempre necessario che intervenga una convenzione perchè il mandato duri oltre la morte del mandante.

Per esempio, il mandato del *procurator in rem suam* non cessa per la morte (9).

Laonde, se Pietro v'incarica di esigere certe somme di danaro che gli sono dovute, con patto che vi servirete di esse per pagarvi di quanto egli vi deve, un mandato sì fatto non verrà rivocato per la morte di Pietro (10); e gli eredi di costui saranno obbligati di lasciare che durasse (11).

È a dirsi lo stesso in tutti que' casi ne' quali il mandato è il patto d'un contratto ovvero il mezzo d'esecuzione d'una obbligazione contratta (12):

Per esempio, allorchè un fallito fa cessione de' beni ai suoi creditori (13).

È pure a questo modo nel mandato di pagare che si contiene in una lettera di cambio (14).

738. Talvolta è fatto il mandato sotto la forma di *presta-nome*: il mandante vuole in tal caso dare al suo mandatario il titolo di proprietario della cosa in faccia ai terzi, e con ciò ei previene l'estinzione del mandato per la propria sua morte. È il caso di ricordare il principio stabilito al n° 718 da Casaregis. Ciò è come se il mandante avesse dichiarato di volere che il mandato continuasse dopo la sua morte; ed anzi si può dire che questa volontà

(1) *Loc. cit.*
(2) Casaregis, *loc. cit.*, ni 20, 21, 22.
(3) L. 24, C., *De fidejussor.* — Instituta di Giustiniano, *De fidejuss.*, § 2.
(4) N° 22.
(5) N° 23.
(6) N° 27.
(7) Ulpiano, l. 11, D., *De inst. act.* — Paolo, l. 17, § 2, D., *De inst. act.* — Mio comento della *Società*, t. 2, n° 903.
(8) V. Cujacio, *Ad Afric.* (*loc. cit.*) — Donell., lib 15, c. 49, n° 70.
(9) Zachariae, t. 3, p. 134, 135. — Duranton, t. 18, n° 284.
(10) L. 15, D., *De pactis.*; l. 106, D., *De solut.*
(11) *Supra*, n° 718. — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 445 (nota).
(12) Cajo, l. 106, D., *De solut.*
(13) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, *loc. cit.*
(14) Casaregis, *disc.* 21, n° 17.

è molto più energica allor quando si presenta sotto la forma di *presta-nome*.

In simil caso, il mandato perdura, anche in faccia ai terzi che sanno saputo che la qualità del *presta-nome* era solamente apparente. E la ragione ne è semplice: imperciocchè una tale conoscenza equivale alla conoscenza della volontà che il mandato non sia tocco dalla morte (1).

739. Allorchè il mandato è stato fatto da più persone per un affare comune, la morte di un solo mandante lo fa cessare. Può applicarsi in questo caso ciò che disopra abbiamo detto per lo caso di rivocazione (2).

740. Del rimanente, il mandato dura anche dopo la morte, per dar termine a ciò ch'è principiato, quando vi sia pericolo nell' indugio. L' art. 1991 (1863 LL. civ.) è testuale (3): il mandatario deve provvedere ai bisogni del momento, prendere le misure di conservazione, prevenire le cagioni di perdita, ed in somma far le veci degli eredi che sono assenti per tutto ciò ch' è urgente. Ma un tale prolungamento de'suoi poteri si ristringe a quelli atti che non possono sopportare differimento: e resterà intatto tutto quel che può essere differito.

741. L'art. 2003 (1875 riformato LL. civ.) assimila la morte civile alla morte naturale.

Quando il mandato emana da una società, o sia da un corpo morale, lo scioglimento di questo corpo equivale alla morte, e ne opera gli effetti sul mandato.

742. La morte del mandatario fa terminare il mandato (4), ancor più radicalmente (5) della morte del mandante. Erasi fatta la scelta della sua attitudine e delle sue personali qualità; la sua morte toglie queste garentie al mandante. Si trova tutto impedito per un tale avvenimento, ed i suoi eredi non debbono far altro che ultimare e liquidare tutto quello ch'è stato fatto (6). Per altro essi possono condurre a terminare ciò ch'è stato principiato e non può soffrire alcun indugio (7). In tutt'i casi, essi debbono far conoscere al mandante l'avvenuta morte del mandatario: art. 2010 (1882 LL. civ.).

Il mandato, se è stato fatto a tre persone con l'intenzione che tutte tre agiscano insieme e concordemente, rimane estinto per la morte di un d' essi. Questa morte impedisce il simultaneo concorrimento, ch' era la condizione del mandato.

Appunto ciò è stato giudicato con arresto della camera de' ricorsi pronunziato nel 23 dicembre 1845 (Jaubert, relatore: Delapalme, avvocato generale).

743. Il mandato è sciolto similmente per la morte civile del mandatario.

E se il mandato è stato fatto ad una società, lo scioglimento del corpo morale, il quale è simile alla morte dell' individuo, fa cessare il mandato.

§ 4. *Dell' estinzione del mandato pel cambiamento di stato del mandante o del mandatario.*

744. Il cambiamento di stato cui è andato incontro il mandante costituisce un altro motivo di estinzione del mandato (8).

Per cambiamento di stato noi intendiamo non solamente l'interdizione (9), la prossima decozione o il fallimento (10), che sono i casi espressamente preveduti dal nostro articolo, ma eziandio ogni cambiamento per effetto del quale una persona perda, sia in tutto sia in parte, l'esercizio de' suoi diritti (11).

745. L'interdizione del mandante ne assicura ch' egli è incapace di avere in avvenire una sana volontà. Laonde il mandato che aveva fatto rimane privo da allora in poi del suo fondamento: esso svanisce.

Un tale aveva incaricato Tizio di reclamare per lui una successione. Prima che Tizio si facesse a procedere, il mandante diventa furioso: *furere coepit*. Secondo il giureconsulto Paolo, tutto ciò ch' è stato fatto dopo il cambiamento di stato, dal mandatario che ne aveva conoscenza, non à vigore di sorte alcuna (12).

746. La prossima decozione ed il fallimento producono per altre ragioni il medesimo

(1) Un arresto di Parigi riferito nella *Gazzetta de' Tribunali* do' 3 e 10 agosto 1845, sembra contrario alla suddetta proposizione; ma esso è determinato da particolari circostanze.
(2) N° 719.
(3) *Supra*, n° 383. — L. 23, C., *De procurat.* — Pothier, n° 107. — Casaregis, *disc.* 128, n¹ 6 e 7. — Favre, Codice, 2, 8, 4.
(4) Cajo, l. 27, § 3, D., *Mandati.*
(5) Favre su questa legge: *Major ratio subesse videtur.*
(6) Cajo, l. 26, § 3, D., *Mandati.*
(7) Favre su questa legge. — Delamarre e Lepoitevin, t, 2, n° 442.
(8) Casaregis, *disc.* 35, n° 15.
(9) Paolo, l. 48, D., *De acq. haered.*
(10) Casaregis, *disc.* 152, n¹ 4 e 5.
(11) Pothier n° 111. — Delvincourt, t. 3. — Duranton, t, 18, n¹ 285 e 286. — Zachariae, l. 3, p. 135.
(12) L. 48, D., *De acq. haered.*

risultamento. Il mandante à perduto ogni fiducia ed ogni credito (1). Il mandatario è liberato per l'avveaire.

747. Quaado il mandante soffre naa di quelle pene che, senza portar seco la morte civile, gli tolgoau l'ammiaistrazinae de'suoi beai e la conferiscono ad un curatore (2), la procura viene ad essere estiata.

748. Lo stesso è a dirsi quando egli è posto sotto l'assistenza d'un coasulente destinato dal giudice. Ogni maadato fatto anteriormente, per atti diversi da quelli che la legge permette alla sua capacità già stata si ristretta (3), finisce necessariameote.

749. La doana che si marita soffre na cambiameato di stato che colpisce egualmente il maadatn da lei fat'o pria di passare sotto la potestà maritale (4).

750. Gli stessi cambiamenti di stato che agiscono sul mandante per ridondare sull'esistenza del mandato fanno estinguere il contratto allorchè que'cambiamenti di stato colpiscono la persoaa del maadatario. Da ciò l'assioma: « *Mandatum ipso jure revocatum intelligis, ubi deterioris conditionis mandatarius effectus exstitit* (5). » Ed in vero, allor quando sopraggiunge un avvenimeato tale che il maadaate avrebbe verisimilmeate rivoca'o il mandato se ne avesse avuta conoscenza, la legge lo à per rivocato di pieno diritto, e si sottiatende sempre la coadizioae *si in eodem statu maneat mandatarius* (6). La legge suppone, con una presunzioae piena di giustezza, che il cambiamento di stato del mandatario porta seco un cambiameato di volontà da parte del maadante (7).

751. Il perchè, se il mandatario è viciao a fallire, se si dà in fuga, se fallisce, se è spogliato de' suoi beai o della loro ammiaistrazioae, se passa sotto l'altrui potestà, ecc, ecc., in tutti questi casi, il suo mandato è considerato rivocato dalla legge (8). Il maadante aon deve fargli notificazione alcuna per far cessare il contratto; imperciocchè la rivocazioae noa deriva dal suo fatto, bensì da quello di colui, del mandatario, ch'è rivocato *ipso jure* (9).

752. Nulladimeao noi vedremo, con l'art. 2009 (1881 LL. civ.), che i terzi i quali ànno seco lui aegoziato ia buona fede sono garentiti da naa ragione di credito e di pubblica utilità (10). I priacipi che fin qui abbiamo esposti sulla rivocazioae del mandato pel cambiameato di stato del mandatario veagono applicati nel loro rigore soltanto fra persoae che ànno avato coaosceaza di qaesto avvenimeato (11).

§ 5. *Dell' estinzione del mandoto per la cessazione de' poteri nel mandante* (12).

753. Talvolta il mandatario è nn mandante rispetto ad uaa persona alla quale à delegato i suoi poteri (13). In tal caso la rivocazione di quel maadaate porta seco la rivocazione di questo *sub-mandatario*: *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Il potere di quest'ultimo non può avere una durata maggiore di quella che à il potere da cui emana.

Ciò si verifica nelle tutele. Il tutore, il quale noa è altro che un mandatario d'una specie particolare, fa maadati per l'ammiaistrazione degli affarì del miaore, e questi maadati rimangono estinti per la cessazioae delle sue funzioni (14): soao estinti, perciocchè emanaao appnato da lui, perciocchè è egli il vero mandante, perciocchè aon si può dire ch'egli abbia fatto in vece del minore qael mandato di cui deve persoaalmente render conto e che è stato un atto del suo officio.

754. Se la persona sostituita non à conosciuto la cesszinne de' poteri nel suo mandante, quale sarà mai la sorte degli atti ch'essa à fatti in buona fede?

Una delle due: o il primitivo mandante aveva autorizzato l'aggiunta d'una persoaa da sostituire, ovvero no.

Se aveva autorizzato, la persona sostituita cui à lasciato igaorare la rivocazione di colui

(1) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, nº 430.
(2) Articolo 29 del Codice penale (17 riformato LL. pen.), modificato con la legge del 28 agosto 1832.
(3) Articoli 499 e 513 (422 e 436 LL. civ.).
(4) Pothier, nº 111.
(5) Straccha, *De decoctor.*, part. 3, nº 30.
(6) Argomento dalla legge 38, D., *De solut.* (Africano, lib. 7, *Quaest.*).— Vedete Stracchа, *loc. cit.* — Favre, Codice, lib. 4, t. 26, def. 2.
(7) « *Mutato statu procuratoris, dicitur statim mutata voluntas in mandante.* » Casaregis, *disc.* 135, nº 16. — Menochio, *De praesumpt.*, lib. 6, praes. 37, nº 38.
(8) Stracchа, *loc. cit.*
(9) *Id.*
(10) *Id.*, nº 52.
(11) *Id.*, nº 53.
(12) Pothier, nº 112. — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, nº 434.
(13) *Supra*, nº 445.
(14) Pothier, nº 104. — Louet, lettera C, c. 27.

che avevala surrogata potrà costringerlo con l'azione *mandati contraria* a ratificare le sue operazioni.

Se poi non aveva autorizzato, la persona sostituita avrà azione contra il suo proprio mandante solamente: tutto quello ch'è stato fatto sarà, pel mandante originario, *res inter alios acta*.

755. E quanto ai terzi di buona fede, il principio contenuto nell'art. 2009 (1881 LL. civ.) viene in loro soccorso. Ciò non ostante, essi non ànno verun'azione contro il primitivo mandante se non quando costui aveva autorizzato la sostituzione. Si sa, in fatti, che il mandante originario non può essere risponsabile de' fatti di quello il quale gli è straniero.

756. Del rimanente, la rivocazione di colui che fa la sostituzione opera la cessazione del potere nella persona sostituita solamente quando non vi fosse qualche atto dal quale potrebbesi inferire che il mandante originario avesse accettata questa persona sostituita per propria mandataria (1). Il mandatario del tutore non può venir considerato d'essere un mandatario che il minore abbia fatto proprio, e noi abbiamo detto appunto per ciò, al n° 753, che la cessazione del potere nel tutore fa finire il potere del suo mandatario. Ma, in que' casi di sostituzione ne' quali il primitivo mandante è maggiore ed è arbitro de' suoi diritti, quando egli à manifestata l'intenzione di render proprio il mandato fatto al *sub-mandatario*, la rivocazione di colui che à fatta la sostituzione non opera la cessazione di potere nella persona sostituita.

757. Allorchè trapassa il mandante originario, questa morte, pari alla rivocazione, fa crollare la sostituzione. Lo stesso è a dirsi della morte civile e degli altri cambiamenti di stato che colpiscono la sua persona e pongon termine al mandato. Per esempio, Pietro aveva incaricato Primo dell' amministrazione de' suoi beni, e Primo avevasi sostituito Secondo. È evidente che la morte di Pietro, o la sua interdizione, facendo finire il potere di Primo, meni seco necessariamente la cessazione del potere in Secondo. *Resoluto jure dantis*, ecc., ecc.

758. Ma ne è poi lo stesso quando la morte o gli altri cambiamenti di stato testè enumerati colpiscono, non già il primitivo mandante, ma solamente colui che fa la sostituzione?

Noi supponghiamo che il sostituente sia stato autorizzato a surrogarsi qualcuno; imperciocchè, se fosse diversamente, non esisterebbe contratto se non se fra il sostituente e 'l sostituito, e l' affare si aggirerebbe fra costoro soltanto e sarebbe soggetto alle regole ordinarie. Ma la nostra questione riflette il caso in cui tutto rimonta alla volontà del primitivo mandante.

Ora, ecco una decisione del senato di Sciamberì emessa in luglio 1595, e riferita dal presidente Favre (2). Tizio, mandatario generale di Sempronio, avevasi sostituito Mevio per la difesa d'una certa lite, avendone avute all'uopo il potere. Muore Tizio. Questione di conoscere se la procura da lui fatta a Mevio finisca per la sua morte. L' arresto decise che non vi sarebbe stata rivocazione se non quando Sempronio fosse trapassato.

Questa ancora è la dottrina di Voet (3) e de' sigg. Delamarre e Lepoitevin (4).

Per me, io stimerei in preferenza che convenisse limitarla con una distinzione:

O il mandato conteneva la facoltà di sostituire *un tale*, ovvero conteneva soltanto una vago autorizzazione di sostituire senza alcuna designazione.

Nel primo caso, la morte della persona sostituita non è di veruna importanza: non è egli che à fatto la scelta; il primitivo mandante è l'autore di questa, e colui ch'è stato sostituito è considerato d'essere suo diretto mandatario (5). Nel secondo caso, la cosa non va sì fattamente: colui ch'è stato sostituito è quegli che à scelto; egli è quegli che à fatto il mandato; è egli che deve renderne conto: però la sua morte mena seco la rivocazione di un tale *sub-mandato* (6).

Così opina Pothier; e quest' avviso è a mio parere il più esatto ed il più sicuro (7).

§ 6. *Della cessazione del mandato per forza maggiore.*

759. La forza maggiore può distruggere la cosa che forma l' obbietto del mandato (8). Esso può pure frapporre ostacoli che mettono il mandatario nell' assoluta necessità di agire (9): argomento dall' articolo 2007, *in fine* (1879 LL. civ.).

(1) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 437.
(2) Codice, lib. 2, t. 8, def. 24.
(3) *Mandati*, n° 15.
(4) T. 2, n° 445.
(5) *Supra*, n° 451. — Pothier, n° 105.
(6) Pothier, n° 105.
(7) *Supra*, n° 451.
(8) *Supra*, n° 360.
(9) *Supra*, n¹ 341 e segg., 311, 314, 315, 345 e segg.

Abbiamo disopra dimostrato (1) in qual modo ed in quali casi si fatti avvenimenti pongano termine al mandato. Non abbiamo quindi da aggiungere in questo luogo cosa alcuna ai nostri sviluppamenti (2).

§ 7. *Dell' estinzione del mandato per lo compimento dell' affare o per lo spirare del tempo.*

760. Egli è inutile di dire che il compimento dell'affare ponga termine al mandato, e che rimanga soltanto il render conto (3): « *Peracto negotio, finitur officium ; functus est « mandatarius officio.* » Si è testè osservato al n° 565 un notabile esempio di questa finimento del mandato ; ed al n° 825 se ne rinverrà un altro.

761. Lo spirare del tempo preciso durante il quale doveva sussistere il mandato fa similmente cessare i poteri del mandatario. Se vi ò fatto mandato per amministrare i miei affari nel tempo della mia assenza, cessa il vostro mandato allorchè sono ritornato dal mio viaggia. (4)

E queste verità sono tanto elementari, che basta menzionarle.

762. Quando è estinto il mandato, gli atti effettuati dal mandatario non obbligano il mandante. Questa è la regola generale : nai ne vedremo le eccezioni sotto gli articoli 2005, 2008, 2009 (1877, 1880, 1881 LL. civ.).

763. Allorchè si pretende dal mandante che il mandatario abbia antidatato un atto il quale, essendo stato fatto in realtà dopo la cessazione del mandato, porta una data anteriore, decide la giureprudenza spettare a lui, mandante, che deduce l'esistenza d'una frode, il pruovarla. Ei non può dirsi terzo, nel senso dell'articolo 1328 (1282 LL. civ.), relativamente al mandatario che ripete da lui i suoi poteri e che da lui è stato preposto all'amministrazione dei suoi affari. Le Corti di Bardà (5) e di Parigi (6), e la Corte di cassazione (7) hanno giudicata appunto a questo modo.

Puossi inoltre consultare i principî e la giureprudenza, le cui particolarità sono state da noi esposte nel nostro comento della *Rendita vitalizia*, su d'una questione dello stesso genere (8).

Articolo 2004 (1876 LL. civ.).

Il mandante può quando vuole rivocare la procura, e costringere, ove siavi luogo, il mandatario a restituirgli la scrittura privata in cui è contenuta, o l'originale della procura, se fu spedita in minuta, o la copia, se è stata conservata la minuta (a).

SOMMARIO.

(1) *Loc. cit.*
(2) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 451.
(3) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 455. — Zachariae, t. 3, p. 135.
(4) Pothier, *Mandato*, n° 119.
(5) 22 gennajo 1827 (S., 27, 2, 65).
(6) 7 gennajo 1834 (S., 34, 2, 239).
(7) Ricorsi, 19 novembre 1834 (S., 34, 1, 666). — *Junge* Bourges, 17 maggio 1842 (D., 43, 2, 100).
(8) N° 277 e segg.

(a) Leggi civili. L'articolo 2004 del Codice civile corrisponde all'articolo 1876 delle Leggi civili espresso ne' seguenti termini :

« Il mandante può, quando vuole, rivocare la procura, e costringere, se vi è luogo, il mandatario a re- « stituirgli o la scrittura privata in cui è convenuta, o l'originale della procura, se fu conservata in tal « forma, e la copia, se è stata conservata la minuta. »

Leggi romane. Le leggi 12, § 6, D, *Mandati*, e 9, C., *Ad exhib.* concordano col presente articolo. (*Edit*)

764. L'art. 2004 (1876 LL. civ) ci fa tornare a discorrere della rivocazione del mandato. Esso prescrive che il mandante può, quando gli piace, effettuare una tale rivocazione. E questa è la logica conseguenza delle considerazioni che noi disopra abbiamo esposte al n° 707.

Perchè adunque il testo delle Instituta di Giustiniano sembra richiedere che le cose fossero intere onde avesse luogo la rivocazione? « *Recte quoque mandatum contractum, si dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit* (1). » Forse nel diritto romano, a diversità del diritto francese, la volontà del mandante non aveva la qualità d'essere perpetuamente ambulatoria?

Per niente: non bisogna dal mentovato passo dedurre conseguenze che non contiene. Ciò ch' esso vuol dire si è, che quando le cose sono intere, il mandato è svanito (*evanescit*), ed è considerato non esser mai esistito (2), per modo che il mandatario non à verun' azione contra il mandante: e con ciò il testo fa emergere la differenza che esiste fra il caso in cui le cose sono intere e quello in cui esse non lo sono; il primo, che esclude l'azione *mandati contraria*, il secondo, che la limita a tutto il passato (3).

765. Il mandato può essere adunque rivocato in ogni stato di causa. Il mandante non è obbligato di darne al mandatario veruna spiegazione, e costui non potrebbe elevare alcuna controversia per pruovare che la rivocazione è intempestiva, ingiusta, capricciosa, o dettata dall'errore o dall'ira. La volontà del mandante è assoluta: *stat pro ratione voluntas*; il mandatario à il dovere di accettarla e di rassegnarvisi.

766. Per costituire il mandatario nell'impossibilità di continuare, con i terzi, l'esercizio d'un officio la cui cessazione potrebb' essere ignorata da costoro, l'art. 2004 (1876 LL. civ.) autorizza il mandante a ritirare da colui la scrittura che contiene la procura. Questa procura è quella che fa ottener credito al mandatario presso i terzi. La recuperazione del suo titolo è un mezzo d'impedire le supposizioni e le frodi; dà un'efficace confermazione alla rivocazione; e, accompagnata dal ricuperamento di tutt' i documenti dell'affare, che il mandante à pure il diritto di pretendere (4), previene gli abusi ai quali il credito e la buona fede potrebbero andare incontro.

La scrittura può essere in forma privata (5): il mandatario deve restituirla originalmente.

Lo stesso è a dirsi quando la procura è fatta per atto in brevetto (6).

Se la procura è formata per atto pubblico ed in vece d'essere stata rilasciata in brevetto se ne è conservata la minuta, il mandatario dovrà restituire la copia che à ricevuta. La prudenza richiederà ancora che il mandante faccia conoscere la rivocazione al notajo conservatore della minuta, con proibizione di rilasciarne altre copie (7).

767. Il mandatario non sarà fondato a negare la consegnazione di questi atti. Il mandante ve lo costringerà, in tutt' i casi, con un'analoga azione giudiziaria.

768. Ma potrà mai il mandante pretendere che il mandatario gli restituisca le lettere da lui scritte a costui in occasione del mandato? No! perciocchè queste lettere sono la proprietà del mandatario, al quale possono servire per proprio discarico (8).

Gli è vero che se con una di esse fosse stata fatta la procura, il mandante potrebbe fondarsi sull'art. 2004 (1876 LL. civ.) per pretenderne la restituzione; ma egli non dovrebbe estender oltre di ciò l'obbligazione del mandatario.

Io opino pur anco che se la lettera contenente il mandato trattasse d'altri obbietti stranieri a questo istesso mandato, il mandatario che avesse interesse a non privarsene non dovrebbe esser costretto alla restituzione di essa. Il mandante dovrebbe incolpar sè stesso di un tale impedimento, derivato dalla sua dimenticanza nel separare ciò che avrebbe dovuto star diviso.

(1) *Mandati*, § 9. — Cajo, nella legge 27, § 3, D., *Mandati*, la quale è relativa al caso di cessazione del mandato per la morte del mandatario, si serve di simili espressioni: « *Si is integro mandato, decesserit.* »
(2) Ortolan, t. 2, sul § 9.
(3) *Supra*, n¹ 706, 707, 708.
(4) *Supra*, n° 428.
(5) *Supra*, n¹ 103, 104.
(6) *Supra*, n° 103.
(7) Zachariae, t. 3, p. 134, n° 6.
(8) Cassazione, ricorsi, 19 febbrajo 1845: Bidon contro Glandu (non pubblicato), arresto della Martinica. — *Supra*, n° 428.

Articolo 2005 (1877 LL. civ.).

La revoca della procura notificata soltanto al mandatario non può opporsi ai terzi i quali ignorando la revoca stessa hanno agito con esso, salvo al maudaute il regresso contro il mandatario (a).

SOMMARIO.

769. Transizione. Delle cautele da usare perchè i terzi conoscano la rivocazione dolla procura.
770. I terzi non sono obbligati a conoscere la notificazione che non è stata loro diretta.
771. La recuperazione della procura dal procoratore non è sempre sufficiente per mettere i terzi in guardia contro il pericolo di negoziare con un mandatario rivocato.
Ci à una quantità d'affari di poco momento che i terzi trattano con un mandatario senza farsi esibire la procura.
772. Quando i terzi ànno negoziato col mandatario nell'ignoranza della rivocazione, i luro atti sono ratificati.
773. Ma è necessario che realmente esista una tale ignoranza.
774. La quale può venir distrutta mercè la dimostrazione che il terzo conosceva la rivocazione con un mezzo qualunque, diretto od indiretto, giudiziario o puro estragiudiziale.
775. Il mandante à azione contro il mandatario che ad onta della rivocazione prosegue ad amministrare.
776. I terzi cho ànno negoziato col mandatario cho si è fatto coooscere per tale e' l cui mandato essi àn saputo d'essere stato rivocato non ànno verun' azione contro di lui.

COMENTO.

769. Abbiamo or ora conosciuto dai precedenti articoli le precauzioni che il legislatore à stimato dover usare per impedire tanto prnatamente per quanto è possibile gli effetti del maadato rivocato : 1° aotificazione al mandatario della voloatà che gli toglie i suoi poteri ; 2° recuperamento da lui della procura.

Nulladimeno è possibile che questi mezzi non producaao relativamente ai terzi tanta pubblicità da istruirli dell' effettuato cambiameato.

770. Da uaa parte, eglian aon soan obbligati di cnaoscere una notificazioae che noa è stata loro diretta. È agevol cosa il presumere l'ignoranza de' fatti altrui (1). E però il mandante noa può loro opporre una tale notificazioae, la quale, di per sè sola, non à veruna efficacia rispetto ad essi.

Senza dubbio, può avvenire che i terzi accidentalmente e nel fatto abbiano conoscenza della rivocazioae, sia perchè è giuata siao ad essi la nuova di quella rivocazione, sia perchè ai è data l'occasione di vedere la notificazione fatta al mandatario ; e questa coanscenza, allorchè esiste, debb'esser presa in considerazione; ed il mandante può prevalerseae per opporre ai terzi d'aver essi aegoziato coa un mandatario rivocato. Ma la dimostrazioae che i terzi ànno avuta una tale conosceaza deve risultare da fatti gravi, concordanti, certi ; e non deriva di pieno diritto dalla aotificazioae di cessar d'agire fatta al mandatario, notificazione la quale è per essi *res inter alios acta*, come è riconosciuto e stabilito dal aostro articolo. Il giudice deciderà adunque secondo le circostaaze.

771. D'altra parte, il ritirare la procura dalle mani del maadatario non è sempre un bastevole preservativo che impedisce l'errore dei terzi.

In sn che costoro, in generale, non agiscono mica prudeatemente allor quando aegoziano con un mandatario seaza farsi esibire la procura di cui questi affermasi portatore (2) : una credulità troppo debole li espnae ad errori (3). Allorchè trattasi, per esempio, di comperare un immobile, qual è mai quel compcratore che non

(a) Leggi civili. L'articolo 2005 del Codice civile corrisponde all' aticolo 1877 dello Leggi civili conceputo come appresso :
« La revocazione della procura notificata soltanto al mandatario non può opporsi a' terzi, i quali, ignorando « la revocazione, abbiano trattato con lui ; salvo al mandante il regresso contro il mandatario. »
Leggi romane. Facevasi la notificazione con affigerne gli editti ne' luoghi più frequentati della città, giusta rilevasi dalla leggo 11, § 3, D., *De instit* , e da *Bald.* nella L *mandatum* 15, C., *Mandati*.
Allorquando il mandato era stato fatto in grazia del mandatario, la notificazione della rivocazione veniva eseguita a costui solamento : argomento dalla legge 1, § 2, D., *Quod jussu.* — Ma se in voce era stato fatto in grazia e del mandatario e del mandante, o di quest' ultimo solamente, la notificazione doveva esser fatta a coloro eziandio che avrebbero dovuto negoziare col procuratore : l. 12, § 6, D., *Mandati.* (*Edit.*)

(1) *Supra*, n° 709.
(2) Argomento dalla legge 13, D , *Depositi* (Paolo).
(3) Favre, sulla leggo 5, § 1 e 2, D , *Mandati*. — *Supra*, n° 317.

si porrà in guardia contro le sorprese, in pretendendo da colui che le vende con procura la dimostrazione di avere in suo potere una legittima facoltà (1)?

Pur tuttavolta, esistono mandatari i quali dalla loro gestione sono messi in relazione con i terzi mediante una quotidiana quantità di coserelle a minuto e di rapide operazioni che si negoziano in buona fede e senza formolità di minuzie. Que' terzi che seco loro ànno affari conoscono che tali mandatari sono autorizzati dal mandante; li risguardano come fossero il costui *alter ego*; ripongono in essi la loro fiducia, e negoziano seco loro senza richiedere in ogni fiata la presentazione dell'atto donde emerge il loro potere. Basta che una volta per tutte il mandante abbia fatto sapere come un tale fosse suo mandatario per esigere le pigioni e gli estagli, riscuotere le rendite, esitare le cose venderecce, ecc.; o pure, che questo istesso mandante abbia chiaramente autorizzata l'amministrazione di quella stessa persona mercè replicate ratificazioni, ed abbia in essa additato l'incaricato de' suoi interessi. I terzi pagano, comprano, ritirano quietanze, ecc., da un tale mandatario: la notorietà e l'usanza li dispensano dall' esaminare in ogni occasione i suoi poteri. Sopraggiungendo in simil caso, ed in altri somigliauti, la rivocazione del mandato, il ritirare la procura non è un atto sufficiente per istruire i terzi di buona fede. È necessario si faccia qualche cosa di più che li ponga in guardia contro l'errore e gli abusi. Spetta al mandante di usare a tal uopo quelle precauzioni di supplimento che i suoi interessi gli suggeriscono, di dare notorietà alla sua rivocazione, di prevenire i suoi debitori, i suoi pigionanti, ecc.: altrimenti, la fede pubblica richiede che i terzi sieno protetti (2).

772. In qual modo lo saranno essi? Con la consecrazione di tutti gli atti che ànno fatto col mandatario la rivocazione del quale ignoravano: « *Placebat debitores, et qui solvissent,* « *liberatos esse, si modo ipsi quoque ignoras-* « *sent* (3). » Se la cosa andasse in diverso modo, chi mai vorrebbe contrattare con mandatari? A quali funesti accidenti non sarebbero soggetti gli affari, e cosa mai diverrebbe il credito che à bisogno di sicurezza e di stabilità? Il che fa dire a Stracca: « *Et hoc admitten-* « *dum videtur utilitatis causa, et ne igno-* « *rantia damnum afferat* (4). » Queste parole *utilitatis causa*, così potenti agli occhi d'un giureconsulto preoccupato delle materie commerciali siccome era Stracca, sono desuete dal diritto civile, chè appartengono a Paolo (5). Il diritto romano, il diritto francese, il diritto commerciale, tutto adunque si piega dinanzi il rispetto dovuto al credito, tutto si accorda per allontanare in suo vantaggio la logica sottigliezza.

Si direbbe in vano che il mandatario era sprovveduto di effettivi poteri e che quanto è stato effettuato con una persona senza qualità non à alcun valore. Un tale rigore di raziocinamento non è ammesso in questo caso. La giusta ignoranza de' terzi merita maggior riguardo d'un sillogismo (6).

773. Ma se questa ignoranza non esistesse, scomparirebbe allora la benefica protezione che la legge accorda alla sola buona fede. Il logico rigore sarebbe in armonia con la legge morale e col credito per togliere ai terzi un beneficio di cui sarebbonsi renduti indegni con la loro connivenza.

774. Del rimanente, quale che sia l'origine della conoscenza che i terzi ànno acquistata della rivocazione del mandato, derivi da una notificazione, da un atto positivo, da un fatto estra giudiziale, diretto od anche indiretto, non importa: essa è sufficiente per costituire i terzi in mala fede (7).

775. Quando l'ignoranza de' terzi fa render validi gli atti ripassati con loro, il mandante à azione contro il mandatario che, ad onta della rivocazione, à continuato ad amministrare. Essendo finito il mandato, il mandatario doveva cessar di fare: dispregiando la volontà del mandante, egli à assunto una grave risponsabilità.

776. Quanto al terzo che, con cognizione di causa, à negoziato col mandatario rivocato, egli non à azione contro costui per quanto non l'à contro lo stesso mandante (8). Il mandatario che agisce *nomine procuratorio* non intende contrarre e non contrae in fatti nessun obbligo personale con i terzi: si dà egli per quel che è, per un *nudus minister*. Tanto peggio per co'oro che, malgrado la positiva conoscenza della rivocazione del suo mandato, àn voluto correre i pericoli d'un contratto fatto con lui (9).

(1) L. 5, § 1, D, *Mandati* (Paolo).
(2) Argomento da ciò che dice Casaregis, *disc.* 35, n° 30. — Durantou, t. 18, n° 275.
(3) L. 41, D, *De reb. creditis* (Africano).
(4) *De decoct.*, p. 3, n° 52.
(5) L. 26, D., *Mandati* — E nella legge 17, § 2, D, *De instit. act.*, lo stesso giureconsulto esprime la medesima idea con queste parole: « *propter utilitatem miscui usus.* » — *Supra* n° 709.
(6) Vedete l'articolo 840 del Codice portoghese, modellato sul nostro articolo 2005 (1877 LL. civ.). — Vedete *infra*, n° 811.
(7) Argomento da ciò ch' è detto *supra*, n° 713.
(8) Articolo 1997 (1869 LL. civ.). — *Supra*, ai 591, 592.
(9) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 433.

Articolo 2006 (1878 LL. civ.).

La costituzione di un nuovo procuratore per lo stesso affare, produce la revoca del primo, dal giorno in cui fu a questo notificata (a).

SOMMARIO.

COMENTO.

777. La rivocazione del mandato può esser tacita (1): ed è questa una conseguenza de' principi che ammettono il mandato tacito e la tacita ratificazione. La rivocazione non à bisogno d'essere rivestita di caratteri più solenni dello stesso mandato e della ratificazione equivalente a mandato.

778. La procura, ancorchè fosse espressa, potrebb' essere rivocata tacitamente. In vano si direbbe che un contratto non può essere rivocato se non se nello stesso modo con cui è stato formato, giusta la regola sì conosciuta: *Nihil tam naturale*, ecc. La rivocazione è in tal caso un puro fatto del mandante, e, secondo dice la Rota di Genova, *consistit in mero partis facto* (2). Il perchè, basta un semplice fatto, senza dichiarazione di volontà, per assicurare ad essa tutta la sua legittimità e tutta la sua efficacia (3).

779. È vero che i terzi i quali ànno avuto conoscenza d' una procura scritta acquisteranno più sicuramente e più facilmente cognizione d' una rivocazione scritta che d' una tacita rivocazione; ma il mandante può provvedere ai suoi interessi facendo direttamente conoscere ai terzi la rivocazione di cui costoro ànno bisogno d' essere consapevoli.

780. Le tacite rivocazioni ànno quindi, nel diritto, un' autorità eguale alla rivocazione espressa (4).

Supponete, a cagion di esempio, che io un affare il quale vien negoziato mercè mandatario, il mandante intervenga esso stesso e si metta in diretta relazione con i terzi, assumendo qualità, troncando difficoltà, impedendo scioglimenti di contratti, ecc., ecc.: è evidente che si fatta presentazione del mandante farà svanire i poteri del mandatario (5). Lo stesso è a dirsi se il mandante avesse serbata una condotta che dimostrasse non aver egli l'intenzione di rivocare il mandatario (6).

781. Il Codice civile à compreso questa necessità delle tacite rivocazioni, e la riconosce e la consagra con l'art. 2006 (1878 LL. civ.). Quest'articolo parla a modo di esempio, ed è la conseguenza di una regola eccellente, virtual-

(a) Leggi civili. L' articolo 2006 del Codice civile corrisponde all' articolo 1878 delle Leggi civili espresso come segue:
« La costituzione di un nuovo procuratore per lo stesso affare produce la revocazione del primo dal giorno in cui si è a questo notificata. »
Leggi romane. Nelle leggi 31, § ultimo, e 32, § 2, D., *De procuratoribus* si rinviene la concordante disposizione. (*Edit*)

(1) Pothier, n° 114. — *Supra*, n° 712.
(2) *Decis*. 34, n° 10.
(3) *Id.*: « *Qui de facto potest revocari.* »
(4) Brunemanno sulla legge 31, § 2, D., *De procurat.*
(5) *Decis* della Rota di Genova, 176, n' 2 e 9.
(6) *Id.*, n° 9. — *Supra*, n° 130: causa del notaio Becq.

mente sottintesa. Ma tale esempio non è mica limitativo, nè toglie al giudice il diritto d'investigare in altri fatti, riconosciuti costanti fra le parti, l'intenzione di rivocare che realmente è in essi nascosta.

782. Insistiamo ora sul caso particolare del nostro articolo. Esso è desunto dalla legge 31, § 2, D., *De procuratorib.*, la quale è tratta dalle opere di Ulpiano.

« *Julianus ait*: *Eum qui dedit diversis* « *temporibus procuratores duos*, *posteriorem* « *dando*, *priorem prohibuisse videtur*. »

Donde il seguente adagio dato da Gotofredo su questa legge:

« *Posteriore procuratore constituto*, *prior* « *tacite revocatus intelligitur* (1). »

783. Gl' interpreti avevano intanto facilmente osservato non essere infallibile la suddetta regola; essi interrogavano i fatti; consultavano le circostanze; e se trattavasi che questi fatti e circostanze fossero tali da far allontanare la presunzione di rivocazione, eglino, ad onta dell' assoluta generalità del testo di Ulpiano, non esitavano a far concorrere il primo col secondo mandato (2). In vero, è possibile che il mandante, in vece di voler rivocare il mandato, abbia avuta l' intenzione di aggiungere al suo primo mandatario i lumi del secondo: è possibile del pari che il mandante, temendo un accidentale impedimento del mandatario conosciuto per tale, abbia voluto dargli una persona che lo sostituisse (3). In tal caso sarebbe contro il diritto e la ragione il dare alla volontà del mandante un effetto di rivocazione. La sua intenzione non è stata sì fatta.

784. Ed è appunto con queste nozioni e con questi temperamenti che bisogna intendere l'art. 2006 del Cod. civ. (1878 LL. civ.). La presunzione di rivocazione ch'esso collega alla nomina d'un secondo mandatario per lo stesso affare (4) non esiste, in vero, se non se quando non ci à ne' fatti una pruova di diversa volontà. Questa presunzione legale è subordinata alla volontà dell' uomo *le cui convenienze prevalgono sulla legge*. Inoltre la stessa legge lo riconosce, perciocchè l' art. 1995 (1867 LL. civ.) suppone che più mandatari posson essere costituiti per lo stesso affare con atti diversi e posteriori gli uni agli altri.

785. Si desidererebbe adunque che il Codice civile avesse evitato di far intervenire il peso d' una presunzione legale in una materia nella quale ogni cosa risiede nell' umana interpretazione di fatti il cui senso e la cui estensione sono variabili infinitamente. Ne deriva una difficoltà di conciliazione con l' art. 1352 del Cod. civ. (1306 LL. civ.). Ma una necessità di ragione e di buon senso fa venir meno in questo caso l' assoluta autorità di quest' ultimo articolo. Si è costretto di tornare nuovamente alla distinzione delle presunzioni legali in presunzioni *juris* e presunzioni *juris et de jure*, e per conseguenza l' art. 2006 (1878 LL. civ.) trovasi ridotto, dalla forza delle cose, alla condiziona di semplice presunzione *juris*, quantunque esso annulli, sul fondamento di una tale presunzione, la prima procura per la seconda.

786. Nel caso in cui la seconda procura deroghi alla prima per motivo d' incompatibilità, il mandato non è per altro considerato rivocato se non dal giorno nel quale il primo mandatario à ricevuto la notificazione della costituzione del secondo (5).

787. Nulladimeno ciò non significa che sia indispensabile una formale notificazione. Quella di cui parla il nostro articolo è solamente una misura di precauzione, la quale diventa inutile allor quando il primo mandatario à avuto conoscenza, in un modo qual si fosse, della costituzione del nuovo mandatario che deroga al suo mandato (6). Il nostro articolo dev'essere combinato con l'art. 2008 (1880 LL. civ.), il quale è generale e non protegge il mandatario se non se quando ei sia nell' ignoranza.

788. La rivocazione del primo mandato per la formazione del secondo à luogo ancorchè quest'ultimo fosse nullo o senza effetto, sia perchè fosse morto il mandatario nominato in ultimo luogo, sia perchè costui avesse ricusato di accettare (7).

789. Ma la seconda procura deroga alla prima (salva la pruova in contrario) solamente quando trattasi dello stesso affare e di due ordini che cadono sulla medesima cosa: *Datus ordo ejusdem rei* (8).

Per esempio, io vi faccio il mandato speciale di vendere la mia casa, e poscia vi avviso di aver incaricato Pietro di questa vendita: la rivocazione è in tal caso evidente, perciocchè risulta dall' identità dell' affare, dall' intenzione e dalla notificazione.

790. Ma supponete ora che Primo, facendo

(1) Menoch. *De praesumpt*, lib. 2, c. 36, n° 11.

(2) Pothier n° 115. — Menochio, *De praesumpt.*, lib. 2, c. 36, n° 11. — Mantica, *De tacitis et ambig.*, lib. 7, t. 22, n° 36. — Casaregis, *disc.* 30, n° 27.

(3) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 431.

(4) *Junge* Codice portoghese, articolo 821.

(5) Articolo 2006 (1878 LL. civ.).

(6) Cassazione, ricorsi, 14 maggio 1829 (Dal'oz, 34, 1, 402). — *Supra*, n° 713. — *Infra*, n° 815.

(7) Pothier, n° 114, da Menochio, *De praesumpt.*, lib. 2, c. 36. Si rinvengono in quest' ultimo autore tutte le autorità indicate. — Zachariae, t. 3, p. 133.

(8) Casaregis, *disc.* 30, n° 27.

il traffico di spezierie, abbia fatto a Secondo, commissionario dell'Havre, la commissione di comperargli 600 chilogrammi di zucchero, a che dopo qualche tempo abbia fatta a Terzo, dimorante nella medesima città, una simile commissione. I due ordini possono benissimo andar insieme l'uno e l'altro, e quello non è escluso mica da questo; perciocchè sono due compre distinte, le quali tendono simultaneamente alla provvista di ciò ch'è necessario al commercio di Primo. Ed affinchè potesse risguardarsi quei due ordini fra loro incompatibili, bisognerebbe un'intenzione che fosse o chiaramente manifestata da colui, ovvero emergente apertamente dalle circostanze (1).

791. Quando una procura è generale, la procura speciale fatta ad un altro mandatario deroga, per quel che concerne una tale specialità, all'anteriore procura generale che la comprendeva: « *In toto jure generi per speciem* « *derogatur* (2). » E questa sussiste pel solo sovrappiù. Se Primo, a cagion d'esempio, à ricevuto la mia procura generale per regolare, amministrare, ecc., procura la quale comprende di diritto l'esazione delle pigioni, è chiaro che una procura speciale fatta poi a Secondo per la riscossione de fitti della tale casa, faccia cessare, a questo riguardo, i poteri concessi a Primo.

792. La procura speciale pel tale affare non è mica abrogata dalla procura generale fatta posteriormente ad un altro (3). Non deve presumersi una tacita rivocazione in questo caso, perciocchè niuna cosa impedisce che i due mandati coesistessero (4). Che Primo, per esempio, abbia fatto il mandato a Secondo, commissionario di Smirne, di comperargli la tale partita di mercanzie del Levante, e che poscia investa Terzo del mandato di amministrar per lui una banca di vendita nella stessa città, il mandato generale fatto a questo institore non farà cessare il mandato speciale fatto a Secondo. Imperciocchè quante operazioni di commercio esistono che i principali e gl'institori non possono di per loro stessi mandare ad effetto, e ch'eglino sono costretti di affidare al ministero d'un commissionario! Se Primo adunque trasmette avviso a Secondo dello stabilimento che fonda a Smirne sotto la direzione di Terzo, Secondo non vedrà in quest'avviso una rivocazione del suo mandato, ma lo considererà siccome un avvertimento perchè si metta in relazione col rappresentante di Primo sulla piazza di Smirne. Di qui la seguente regola di Menochio: « *Limita* « *quando primus procurator fuit specialiter* « *constitutus, et deinde, alius generaliter*; « *non enim generalis illa constitutio arguit* « *primum fuisse revocatum*; *et idem dicit* « *Rota* (5). »

793. Del rimanente, a fine di non esporsi ad errori in questa competenza del mandato speciale posteriore col mandato generale anteriore, converrà ricordare la definizione che abbiamo data dell'uno e dell'altro mandato nel nostro comento dell'art. 1988 (1860 LL. civ.) (6).

Supponghiamo, a cagion d'esempio, che avendo data a Secondo la facoltà di vendere l'immobile che posseggo a Parigi alla strada della Pace, io dia in seguito il mandato a Terzo di vendere tutti miei immobili siti in questa stessa città. In una tale ipotesi, si cadrebbe in un grave errore ove si credesse di applicare la regola esposta nel precedente numero, secondo la quale il mandato generale non è considerato derogare al mandato speciale. Imperocchè i due mandati che in questo caso figuriamo esistenti sono entrambi speciali, quantunque in gradi diversi (7). Il secondo assorbisce il primo, come la parte è assorbita dal tutto, e la facoltà di vendere la casa sita alla strada della Pace vien meno nell'esistenza della facoltà di alienare tutti gl'immobili di Parigi (8).

794. Faremo termine con una riflessione generale.

Poichè l'influenza de' fatti può e deve essere ammessa per modificare la presunzione *juris* stabilita dall'art. 2006 (1878 LL. civ.), non vorrà trascurarsi di esaminare la condizione delle parti per riconoscere se vi era in esse qualche motivo che à potuto determinare il cambiamento di volontà attribuito al mandante. Però la diminuzione del credito del mandatario, la sregolatezza della sua condotta, la sua negligenza negli affari civili o commerciali, la sua preferenza troppo esclusiva per le preoccupazioni politiche, una inimicizia sopravvenuta fra il mandante ed il mandatario (9), ecc., ecc., sono tanti fatti gravi i quali daranno maggiore autorità e maggior forza alla tacita rivocazione, e la faranno presumere più agevolmente.

(1) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 431.
(2) L. 80, D., *De reg. juris* — Pothier, n° 115.
(3) Menochio, *De praesumpt.*, lib. 2, cap. 36, n° 23, *in fine*. — Pothier, n° 115.
(4) Vedete *supra* la distinzione fra il mandato generale ed il mandato speciale, n° 273 e segg.
(5) *Loc. cit.*
(6) *Supra*, n° 273.
(7) *Supra*, n° 275.
(8) *Junge* Duranton, t. 18, n° 279.
(9) Pothier, n° 120. — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 431.

Articolo 2007 (1879 LL. civ.).

Il mandatario può rinunciare al mandato, notificando al mandante la sua rinuncia.
Ciò non ostante, se tale rinuncia pregiudica il mandante, dovrà essere indennizzato dal mandatario, eccetto che questi sia nell' impossibilità di continuare nell' esercizio del mandato, senza soffrire egli stesso un considerevole pregiudizio (a).

SOMMARIO.

COMENTO.

795. Con l' art. 2003 (1875 riformato LL. civ.) noi abbiamo osservato che il mandato può aver termine per la volontà del mandatario, ed al n° 338 abbiamo spiegato il motivo pel quale gli vien permesso di liberarsi dall' obbligo che aveva assunto.

L' art. 2007 (1879 LL. civ.) è il corollario di tali premesse. Ci rimane a precisare con esso le circostanze di quella rinunzia, e ad esaminare le precauzioni prese perchè quel favore non degeneri in abuso.

796. La rinunzia del mandatario può aver luogo o quando le cose sono ancora intere, o pure allorchè non lo sono più.

Sono intere le cose? la rinunzia del mandatario non produce nessun effetto pregiudizievole al mandante; imperciocchè le cose non vengono considerate intere se non se quando il mandante è sufficientemente prevenuto a tempo per potere di per sè stesso effettuar l' affare, o farlo eseguire con facilità da un altro mandatario. Senza alcun dubbio, la rinunzia del mandatario potrebbe sortire conseguenze gravi o dannose, anche quando non fosse affatto principiata l' esecuzione del mandato, ove il mandatario tardasse a far conoscere al mandante che gli rassegna i suoi poteri, ed ove il proposto affare fosse divenuto, durante una tale perdita di tempo, impossibile, ovvero inopportuno, da fattibile e da facile che era in sulle prime. Il diritto non vuole adunque che la casa vada sì fattamente: però richiede che il mandatario dia avviso della sua rinunzia il più presto che sia possibile, *quam primum* (1), affinchè l'indugio non faccia pericolar l' affare o non ponga il mandante in impaccio. Altrimenti sarà tenuto il mandatario al ristoro del danno che deriva dalla tardezza della sua rinuncia (2).

797. Ma se le cose sono tuttora intere, val dire se il mandatario si è affrettato di notificare

(a) Leggi civili. L' articolo 2007 del Codice civile corrisponde all' articolo 1879 delle Leggi civili conceputo ne' seguenti termini:

« Il mandatario può rinunciare al mandato, notificando al mandante la sua rinunzia.
« Ciò non ostante, se tal rinunzia pregiudica al mandante, dovrà esser fatto indenne dal mandatario; « eccetto quando costui sia nella impossibilità di continuare nell' esercizio del mandato, senza soffrire egli « stesso un considerevole pregiudizio. »

Leggi romane. Il mandatario poteva rinunciare al mandato quando le cose fossero state ancora intere, giacchè altrimenti sarebbe andato soggetto al rifacimento de' danni ed interessi: l. 12, § *pen.*, l. 15, l. 5, § 1, l. 27, § 1 e 2, D., *Mandati*, § 9 ed 11, Inst., *De Mandato*. Ma eccettuavansi i casi ne' quali la rinunzia procedesse dalle giuste cause contemplate nelle leggi 22, § *ult.*, 23, 24, 25, 27, § 2, e 30, D., *Mandati*. (*Edit.*)

(1) Cajo, l. 27, § 2, D., *Mandati*, e Cujacio citato *supra*, n° 339.

(2) Vedete *supra*, n° 398. — Casaregis *disc.* 54, n° 31: « Si ille nullatenus *posset omnia explere, teneretur* « *sub onere solvendi de proprio, statim nunciare mandanti ejus impotentiam vel impedimentum*, ut, si velit, alterius opera utatur. »

al mandante la sua rinunzia, per modo che quest'ultimo abbia avuto il tempo di provvedersi di un altro mandatario, non si avrebbe diritto a pretendere da lui la giustificazione di una valevole scusa che fosse atta a legittimare il suo astenimento. Il mandatario è bastevolmente liberato con la cautela che à preso di rinunziare a tempo opportuno, ed in modo da conservare il diritto del mandante: « *Renuntiari ita potest ut integrum jus mandatori reservetur* (1). » In somma, e ad onta di taluni testi desunti dal diritto romano i quali per altro sono ambigui e soggetti a controversia (2), non è affatto necessario che la rinunzia abbia un giusto motivo (3). Quando le cose sono intere, quando il mandante è stato prevenuto a tempo, la rinunzia non potrebbe esser chiamata intempestiva, ed il mandatario non à alcun bisogno di scusa. *Cum adhuc integra causa est*, dice egregiamente il presidente Favre, *semper tempestive renuntiatur* (4). Pothier à riprodotto quest' idea ne' seguenti termini: « Il mandatario può talvolta liberarsi dall' obbligo di eseguire il mandato, quantunque non sia sopraggiunto nessun giusto motivo che ne lo dispensi. E ciò si à quando ei fa conoscere al mandante che non intende di eseguirlo in un tempo in cui l'affare è ancora intero, val dire quando questi è nel caso di effettuare esso stesso quell' affare che costituiva l' obbietto del mandato, ovvero di trovare agevolmente una altra persona che volesse incaricarsene (5). » La ragione è evidente. Allorchè le cose sono intere, ed allorchè tutte le cautele sono prese, il mandante non soffre verun danno: sopra di che adunque potrebbesi appoggiare per ottenere que' danni ed interessi ne' quali si risolve l'inadempimento di un fatto (6)? « *Mandati actio*, diceva Ulpiano, *tunc competit, cum coepit interesse ejus qui mandavit; caeterum si nihil interest, cessat mandati actio* (7). »

798. Il secondo caso che noi abbiamo indicato al numero 796 à luogo quando la rinunzia del mandatario interviene nell' esistenza di circostanze le quali fan sì che l' affare non sia più intero. È considerato non esser questo più intero allorchè la rinunzia del mandatario cagiona un irreparabile pregiudizio al mandante, o perchè non sia più possibile di sostituire a colui che intempestivamente si rimane dal fare un altro mandatario idoneo a menare a termine lo affare, o perchè il mandante non possa di per sè stesso provvedere ai bisogni del momento: in somma, perchè l' affare impacciato dall' inaspettata rinunzia, pericola, soffre, o pur si guasta.

799. Il mandatario è tenuto in tal caso al rifacimento de' danni ed interessi in pro del mandante: imperciocchè s' ei non può essere obbligato ad effettuare ciò che aveva promesso (*nemo potest praecise cogi ad factum*), deve almeno il ristoro del danno cagionato dal suo rifiuto.

800. Nulladimeno, ci à un caso in cui sarà esente: ed è quando dimostrerà che un giusto motivo lo à obbligato a desistere dall' esecuzione del mandato. Ed in vero, poichè il mandato è un officio, non conviene trattare con soverchio rigore colui il quale à promesso di prestarlo e ne è stato impedito da una giusta cagione (8). Qual si fosse adunque il nocumento sofferto dal mandante per effetto dell' intempestiva rinunzia (9), non si poteva farlo ridondare sul mandatario il quale tiene una salvaguardia nel giusto motivo del suo astenimento.

801. Quali sono i giusti motivi che fanno scusare il mandatario?

Il giureconsulto Ermogeniano allega la malattia (*adversa valetudo* (10). Non si può in fatti pretendere l' impossibile dal mandatario. La malattia che lo impedisce lo dispensa dall' agire, dal dare ordini, dal sorvegliare; ed egli opera bene quando si astiene dall'eseguire una incumbenza che non potrebbe convenientemente condurre. La legge che lo vede fra l' alternativa di far male e quella di non agire menomamente, lo autorizza a preferir quest'ultimo partito il quale è quello della prudenza.

802. All' astenimento per motivo di malattia Pothier aggiugne la rinunzia poggiata sullo scompiglio degli affari del mandante (11). Una cagione sì fatta rientra ne' casi preveduti dall' articolo 2003 (1875 riformato LL. civ.). Il mandatario aveva contato sulla solvibilità del mandante per lo rimborso delle sue spese e delle sue anticipazioni. È egli forse convenevole che

(1) Paolo, l. 22, § 11, D., *Mandati*. — Pothier n° 44.
(2) V. *supra*, n° 343, il passo delle *Sentenze* di Paolo al quale in questo luogo io fo allusione, e le osservazioni del presidente Favre.
(3) *Supra*, n° 343.
(4) Sulla legge 25, D., *Mandati*.
(5) N° 44.
(6) Pothier, *loc. cit.*
(7) L. 8, § 3, D., *Mandati*.
(8) *Supra*, n° 338.
(9) Instituta di Giustiniano, *Mandati*, § 11.
(10) L. 23, D., *Mandati*. — *Junge* l. 20, D., *De procurat.* (Paolo)
(11) *Mandato*, n° 41. Egli ricongiunge questa dottrina alla legge 24, D., *Mandati*. Altri danno un altro senso a questa legge, come fa il presidente Favre.

da lui si prosegua un officio che gli sarà di peso? *Iniquum est damnosum esse cuique beneficium suum* (1).

803. Si rinviene una terza causa, la quale è additata dalle leggi romane. nelle inimicizie capitali sopraggiunte fra il mandante ed il mandatario (2). Addivenendo impossibile ogni buona armonia fra di essi, il mandato è necessariamente infranto; perciocchè questo suppone l'amicizia, la fiducia, l'attaccamento, e gli odi capitali ne costituiscono il disertamento.

804. Si pretende ancora da Paolo che il mandatario possa essere scusato quando sopraggiunga ne'suoi propri affari un' imperiosa necessità la quale gl' impedisca di agire per l'esecuzione del mandato (3).

Può citarsi come esempio l' obbligo in cui si trovasse il mandatario di partire sollecitamente per un lungo viaggio (4), il differimento del quale gli apporterebbe un considerevole nocumento: « *Renuntiari potest si redundet in eum « captio, qui mandatum suscepit* (5); »

O pure la perdita di una persona amata, un matrimonio, ecc.

805. Tutt' i suddetti casi sono ciò che la legge 25, D., *Mandati*, chiama *justae causae* (6). Il nostro articolo li comprende nella generalità delle sue espressioni; e sì fatte giuste cause influiscono sul mandato commerciale per quanto influiscono sul mandato civile.

806. Nulladimeno, opinano i sigg. Delamarre e Lepoitevin che nè l' inimicizia, nè il considerevole danno che soffrirebbe il mandatario ove preferisse ai suoi propri affari l' incumbenza commessagli, possano legittimare l'intempestiva riounzia del commissionario alla commissione accettata (7). Il Codice portoghese (8), il quale à copiato il nostro articolo 2007 (1879 LL. civ.), si sollava contro un tale sentimento; e quantunque io riconoscessi che l'applicazione di questo articolo 2007 (1879 LL. civ) debba essere meno facile negli affari commerciali di quel che sia ne' civili. non vorrei decidere in un modo assoluto che gli affari commerciali sfuggano dalla sua autorità.

807. Ma qualunque sia la legittimità ne' motivi di rinunzia che noi fin qui abbiamo esaminati. è richiesta una condizione dal nostro articolo perchè il mandatario sia interamente liberato dalla sua obbligazione, ed è ch' ei dia avviso al mandatario della sua rinunzia. L'articolo 2007 (1879 LL. civ.) à tratta da Cajo una tale prescrizione (9) : » *Debet mandatori nuntiare, ut is, si velit, alterius opera utatur* (10). » Il mandatario il cui affare è abbandonato dev' esser posto nello stato di badare al meglio de' suoi interessi, sia provvedendosi di un altro mandatario, sia effettuando la bisogna di per sè stesso.

808 Ed intanto conveniva prevedere il caso in cui il mandatario non potesse avvisare il mandante: e ciò è stato fatto dallo stesso Cajo nella legge precitata : « *Si aliqua ex causa non po« tuit nuntiare, securus erit.* » Il mandatario può essere impedito da una forte malattia ; può trovarsi ancora in un luogo nel quale siano difficili o non si trovino i mezzi di corrispondenza : e però non si potrebbe costriogerlo all' impossibile (11).

Articolo 2008 (1880 LL. civ.).

È valido ciò che fa il mandatario nel tempo che ignora la morte del mandante, o una delle altre cause per le quali cessa il mandato (a).

(1) L. 7, D., *De test. quemadmod. aperiunt.*
(2) Citata legge 23, D., *Mandati.*
(3) L. 20, D., *De procurat :* « *Si majore re sua distringatur.* » E la legge 22, § 11, D., *Mandati.*
(4) Ulpiano, l. 23, D., *De procurat.* (*longa peregrinatio*). — Pothier, n° 42.
(5) Paolo, 22, § 11, D., *Mandati.*
(6) *Supra*, n° 341.
(7) T. 1, n° 46; e t. 2, n° 439.
(8) Articolo 822.
(9) L. 27, § 2, D , *Mandati.*
(10) *Junge* Pothier, n° 43.
(11) Pothier, n° 43.

(a) Leggi civili. L'articolo 2008 del Codice civile corrisponde all'articolo 1880 delle Leggi civili espresso come segue:

« È valido ciò che fa il mandatario nel tempo in cui ignora la morte del mandante, o una delle altre « cause per le quali cessa il mandato. »

Leggi romane. Nelle leggi 26, *in prin.*, e § 1, 29, 58, *in prin* , D., *Mandati*, § 10, Instit., *De Mandato* si rinviene la disposizione concordante col presente articolo. (*Edit.*)

SOMMARIO.

COMENTO.

809. Dopo aver esposte le ragioni che pongono termine al mandato (articolo 2003 (1875 riformato LL. civ.)), il legislatore viene ad occuparsi di talune particolari circostanze che ne fanno perdurare le obbligazioni al di là di queste cause ordinarie di estinzione: « *Solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare* (1). » Le quali circostanze sono due: 1° l'ignoranza in cui vive il mandatario relativamente agli avvenimenti che àn fatto cessare il mandato; 2° l'ignoranza in cui trovansi i terzi per questi stessi avvenimenti. L'articolo 2008 (1880 LL. civ.) tratta del mandatario, e l'articolo 2009 (1881 LL. civ.) si occupa de' terzi.

810. Ove si volesse considerare unicamente la sottigliezza del diritto, potrebbe dirsi che l'azione *mandati contraria* non potesse procedere da altro se non se da un mandato (2). Ora, allorchè il mandante è trapassato, o pure quando costui à rivocato il suo mandatario, il mandato à cessato di esistere; ed allorchè il mandato à cessato di esistere, è come se non vi fosse stato giammai. Laonde tutto ciò ch'è stato fatto dopo la morte ovvero dopo la rivocazione è nullo per sua natura, poichè il mandatario non aveva nè diritto nè qualità per agire.

811. In vero, questa è la conclusione alla quale bisognerebbe giungere se la regola delle umani azioni dovesse essere il *summum jus* Ma Cicerone à detto con una sublime intelligenza e con una rara concisione: *Summum jus, summa injuria*. La giureprudenza è una scienza di temperamenti, la quale non si abbandona ciecamente sulla linea dritta, ma cura di allontanarsene con prudenza quando la rettitudine logica offende la rettitudine morale. Ora, che vi à mai di più contrario a tutte le nozioni ammesse sulla risponsabilità delle umane azioni, e sull'imputabilità delle colpe, quanto il far ridondare su taluno le conseguenze di un fatto che legittimamente à ignorato? Come! si vorrebbe lasciar soggette ai rischi ed ai pericoli del mandatario quelle operazioni ch' egli à fatte quando ignorava come il mandato s'era estinto per effetto d' un avvenimento che non era obbligato a conoscere! Il mandato si contrae assai spesso fra persone lontane, ed è impossibile che i cambiamenti di volontà o di stato che colpiscono la sua esistenza pervengano al mandatario con un'elettrica rapidità. Trascorre necessariamente un tratto di tempo, e, in tale intervallo, possono essere stati trattati di grandi interessi, e possono essere state prese in buona fede di gravi misure. E si verrebbe a rovesciare, con l' appoggio d' una logica arguzia, quelle operazioni legalmente perfezionate! Cosa mai diventerebbe il credito? Chi mai vorrebbe essere mandatario? E chi vorrebbe negoziare con mandatari? E l'utilità del mandato non troverebbesi forse distrutta dall' esagerazione dei suoi propri principî?

Il perchè l'equità à fatto tacere il linguaggio della sottigliezza del diritto, e si è deciso che l' ignoranza del mandatario faccia continuare il mandato « *Si tamen* (io copio la legge 26, « D., *Mandati*, ricavata dalle opere di Paolo), « *si tamen per ignorantiam impletum est, competere*, UTILITATIS CAUSA, *dicitur. Julianus quoque scripsit, mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare* (3). » Questa utilità della quale parla il giureconsulto è quivi in armonia con la morale, e si confonde colla buona fede e col credito. Quando l' utilità incontrasi fortunatamente a questo modo con la ragione filosofica, noi la reputiamo degna di tutt' i nostri riguardi (4).

812. Ecco perchè Ulpiano dà la seguente soluzione: Io vi aveva fatto il mandato di comperarmi un immobile. Ma subito, cambiando di

(1) Paolo, l. 26, D., *Mandati*
(2) Paolo, l. 20, § 1, D *Mandati*: « *Nam mandati actio non potest competere cum non antecesserit mandatum.* »
(3) V. Cujacio sul libro 32, *Pauli ad edict.*
(4) *Supra*, n° 772.

avviso, vi ò scritto che rinunciavo a questa compra. Voi, pria d'aver ricevuto la mia lettera e di aver conosciuto la rivocazione del vostro mandato, avete condotto a fine l'acquisto. E bene! sono obbligato di ratificarlo: la cosa, in vece di cedere per vostro conto, è mia d'ora innanzi. E qual mai è la ragione di Ulpiano? *Ne damno afficiatur is qui suscepit mandatum* (1).

Ed in vero, il decidere in contrario sarebbe una ingiusta pena pel mandatario; si verrebbe ad apportargli un danno per un servigio che à creduto prestare; e lo si punirebbe di aver fatto il suo dovere.

813. Il giureconsulto Africano somministra un altro esempio di questo punto di diritto.

Un cittadino romano aveva preposto il suo schiavo Stico al suo traffico d'impieghi di denaro nella provincia, o sia Stico, costituito suo *dispensator*, era incaricato di mutuare i suoi danari ad interesse, di riscuotere le usure, di ricevere le restituzioni de' capitali, di rinnovare le scadenze, di fare nuovi impieghi, ecc.

Quel cittadino fa a Unma il suo testamento, dà a Stico la libertà, istituisce costui suo erede per una parte della successione; e trapassa indi a tanto.

Il mandato di Stico era doppiamente rivocato: 1° per la morte del mandante; 2° per lo cambiamento di stato del mandatario.

Intanto Stico, ignorando quel ch'era avvenuto, proseguì a ricevere i pagamenti, a mutuare, ad ottener cautele, ecc., ecc.

Quistione di sapere se la sua gestione dovesse essere ratificata dagli eredi del mandante. Africano decise per l'affermativa (2), fondandosi su quell'ignoranza che fa perdurare il mandato al di là de' suoi termini legali. Cujacio à illustrato eccellentemente questa legge ben nota e sempre citata in tale materia (3).

814. La quale continuazione del mandato à luogo eziandio contro gli eredi minori lasciati da quello la cui morte à posto termine al mandato (4). Il privilegio della minorità è men forte in questo caso di quel che sia il privilegio della buona fede e del credito. Per altro, il tutore de' minori poteva premunire i suoi pupilli rivocando il mandato o pure avvisando il mandatario dell'avvenimento che à fatto cessare i suoi poteri. Il mandatario ch'è stato lasciato nell'ignoranza non aveva, per l'opposto, nessun espediente per garentirsi.

815. Ma questa condizione nella quale il nostro articolo colloca il mandatario, perchè poi non è altro che un favore accordato alla buona fede, viene a cessare ogni qualvolta egli non ritrovasi nell'ignoranza di quel che sia avvenuto. L'articolo 2008 (1880 LL. civ.) parla solamente pel mandatario *che ignora*, non già per quello che dolosamente si conduce.

816. Per far cessare una tale ignoranza non è mica necessario che intervenga una formale notificazione. I mezzi che àn fatto conoscere al mandatario l'estinzione del mandato, per indiretti che sieno, sono ben sufficienti: il mandatario non *ignora* più e non ritrovasi nella condizione dell'art. 2008 (1880. LL. civ.).

Invano adunque si ricorrerebbe agli art. 2005 e 2006 del Cod. civ. (1877 e 1878 LL. civ.) per sostenere che il mandatario debba essere necessariamente avvisato con una formale notificazione. Tali articoli debbon essere combinati con l'art. 2008 (1880 LL. civ.). Ora, quest'articolo richiede l'ignoranza del mandatario per far che si spanda sopra di lui la sua proteggitrice disposizione, e non potrebbe dirsi che quegli sia nell'ignoranza, quando per un mezzo qual si fosse diverso da una notificazione abbia conosciuto, e positivamente conosciuto, l'avvenimento che à fatto cessare i suoi poteri (5).

Spetta ai giudici di valutare le circostanze dalle quali può risultare la conoscenza dell'estinzione del mandato. I loro lumi e la loro sagacità suppliranno in tal caso all'insufficienza della scienza, troppo limitata nelle sue previsioni perchè avesse potuto enumerare tutte le cause, tutti gli accidenti e tutt'i mezzi indiretti per i quali possa essere cessata l'ignoranza del mandatario.

Articolo 2009 (1881 LL. civ.)

Ne' premessi casi le obbligazioni contratte dal mandatario hanno esecuzione riguardo ai terzi che sono in buona fede. (a).

(1) L. 15, D., *Mandati.*
(2) L. 41, D., *De reb. creditis.*
(3) Nel suo comento *Ad Africanum.*
(4) Ulpiano, l. 11, D., *De instit. act.* — Paolo, l. 17, § 2, D., istesso titolo.
(5) *Supra*, n° 713 e 787.

(a) Leggi civili. L'articolo 2009 del Codice civile corrisponde all'articolo 1881 delle Leggi civili concepito ne' medesimi termini.

Leggi romane. Esso concorda con le leggi 26, *in prin.* e § 1; 29, *in prin.*; 58, *in prin.*, D., *Mandati*; 19, § 3, D., *De donat.*; e 77, § 6, D., *De legat.*, 2.° (*Edit.*).

SOMMARIO.

COMENTO.

817. Vediamo ora con l'art. 2009 (1881 LL. civ.) il valore delle obbligaziani cnntratte dal mandataria cna i terzi di buona fede: vediamo la reazione di tali abbligaziani snl maadante.

818. Tutta ciò che il più grande rigore può pretendere dai terzi, è che costoro si facciano esibire ln procura da calui il quale si presenta ad essi in qualità di mandataria ; e nai di sopra (1) abbiama ancara osservato che ci à dei casi ae' quali possaao, senza commettere calpa alcuna, negaziar con quello fiducialmeate, fatta astrazione dn quells esibiziaae.

819. Ma sarebbe casa irragionevnle il vnlere che i terzi conghietturassera gli avvenimenti che in loro assenza e senza il laro concarrimeata ànno modificata ovvero spenta quella qualità di maadataria. Se la stesso mandataria ignarasae la cessaziane de' suoi poteri ed i terzi abbiano naturalmente divisa una tale ignaranza, il mandante o i snai rappresentanti patrebbero mai dolersi di ciò ch'è stata fatta sotto l'influenza d' una qualità che credevasi sempre esistente? Le sottigliezze della stretto diritto alle qnali il mandante o i suni rappreseatanti ricorrerebbero per cantendere ed ottenere l'inefficacia degli atti compiti in buona fede (2), non sarebbero farse tatalmente distrutte dalle ragioni di equità, di morale, di pubblica utilità e di credita che noi ar ora sviluppavama disopra (3)?

820. E se i terzi fossero stati tratti in errore dal mandatario il quale connsceva l' estiazioae de' suoi poteri, a chi mai potrebbe attribuirsene la colpa, se non alla stesso mandaute che è colpevale di una cattiva scelta (4)?

821. In samma, came dice Ansaldo :

« *Publicae repugnat aequitati civilique*
« *commercio, quod quis sincera fide contrahens*
« *cum aliquo prae manibus habente publi-*
« *cum instrumentum mandati, debeat sub ista*
« *bona fide decipi* (5). »

E più sotto :

« *Non contrahentes coguntur indagare in-*
« *trinsecam et latentem conditionem et gesta*
« *illius cum quo palam et legitime contrahunt*
« *et poterant contrahere* (6). »

Abbiamo testè fatta l' applicaziane di queste idee (7) camentando l' art. 2005 del Cad. civ. (1877 LL. civ.), aatevale foriera dell'art. 2007 (1879 LL. civ.) (8).

Esse sono ricavate dalla saggezza delle leggi romane, le quali preoccupsvaasi can ragiaae delle aecessità della buana fede e del credito (9), e sona proclamate da tutt' i dattari del diritto civile e del diritta commerciale (10). Senza di esse non sarebbe affatta possibile di negaziare con mandatari; e la gestione degli affari mediante procuratare sarebbe piena di tante iasidie che cnaverrebbe far ritorno a quell' infaazia del diritto in cui la personale presenza delle parti era indispensabile per la solennità degli atti e per la lora validità.

822. Il diritto de' terzi di buona fede è tanta patente, che prevale sul diritta degli eredi minari che il mandante avesse lasciati dopo la sua marte. Ancarchè la procura, eseguita dapo la morte, fosse servita al compimenta degli atti più interessanti di alienazione, gli eredi minori dovrebbero sopportarne

(1) N° 771.
(2) *Supra*, n° 772.
(3) N° 810 e segg., ed ancho 772.
(4) « *Imputandum est mandanti, non ei qui per ignorantiam contraxit:* » Ansaldo, *disc.* 30, n° 8. — Mio comento della *Società*, t. 2, n° 903.
(5) *Disc.* 30, n° 4.
(6) N° 8.
(7) N° 772.
(8) V il Codice portoghese, art. 820.
(9) L. 41, D., *De reb. creditis*, o 17, § 2, D., *De instit. act.* (*Supra*, n¹ 772, 709). — L. 12, § 2, e l. 32, D., *De solutionibus*.
(10) Straccha, *De decoctor.*, part. 3, n° 52. — Pothier, *Obbligaz.*, n° 80 ed 81. *Supra*, n° 772.

il peso. Costoro direbbero invano che la procura era estinta per la morte del loro autore, e che il tutore usando tolleranza e silenzio non à potuto partecipare nessuna autorità ad alienazioni effettuate senza potere. Sarebbe vana una tale disputa; giacchè il mandato è considerato perdurare in faccia ai terzi di buona fede i quali ànno avuto un giusto motivo d'ignorare la cessazione del mandato e che ànno negoziato sotto la fede della sua esistenza : *Durat obligatio* (1).

823. Io ò avuto l'opportunità di esporre sì fatta teoria nel mio comento della *Società* (2). Essa mi è servita di preludio per dimostrare la validità delle obbligazioni contratte dai terzi di buona fede con una società la quale, ad onta del suo scioglimento, continua a far uso della firma sociale. Mi sono sforzato di provare, e mi lusingo di esservi compiutamente riuscito, che queste obbligazioni reagiscono su tutt'i passati soci o i loro rappresentanti; che costoro debbono incolpare loro stessi del non aver prevenuto con misure di prudenza l'abuso della firma sociale; che i terzi i quali non ànno potuto premunirsi contro un sì facile e sì naturale errore di qualità debbono esser protetti per la loro ignoranza e la loro buona fede; e che sono ancora in una migliore condizione degli eredi minori sopra i quali ridondano quelle obbligazioni per la loro parte e porzione. Si rileva bene che son questi i principî del mandato applicati alla società, secondo la regola di Paolo : *Tunc eadem distinctione utimur qua in mandato* (3).

824. Ma dirò io? Questa sì legittima applicazione (dappoichè i soci sono mandatarî gli uni degli altri, ed in tutt'i casi i soci amministratori che continuano ad usare la firma sociale dopo lo scioglimento della società sono mandatarî che abusano), quest'applicazione, io dico, non è sembrata senza difficoltà a taluni. Ò osservato elevarsi gravi dubbi, e la causa dei veri principî è stata alquanto incerta e dibattuta. Ci à da riflettere seriamente su questa fragilità de' giudizi umani, soprattutto quando trattasi di quistioni sì chiare, di principî così costanti, di regole tanto spesso messe a pruova. Chè finalmente cosa mai diverrebbero la sicurezza de' patti, i diritti del credito, il rispetto dovuto alla buona fede, quella equità civile e commerciale vantata da Ansaldo e da Straccha dopo di Paolo e di Ulpiano? Però rallegriamoci di ciò che la Corte di cassazione à veduta la verità con quello sguardo fermo che la contraddistingue. I suoi arresti de' 26 luglio 1843 (4) e 10 luglio 1844 (5) stabiliscono la giurisprudenza (6). Io li ricordo in questo luogo, perchè, quantunque specialmente pronunziati in materia di società, rientrano pure nel dominio del mandato, da cui la società trae in tal caso i principî.

825. Possono essere allegate per esempio altre applicazioni.

Tizio fa procura a Sempronio di prendere a prestito per lui 3000 franchi. Sempronio, in virtù di questa procura, prende a mutuo da Primo tale somma; e poscia manda ad effetto un simile prestito con Secondo, cui esibisce la procura, e lascia ignorare come l'affare che ne costituisce l'obbietto sia già effettuato (7). Secondo, creditore di buona fede, sarà per ciò ancora creditore legittimo di Tizio, ed avrà contro costui un'azione per rimborso (8). Indarno Tizio trarrebbe argomento dall'estinzione del mandato per lo compimento dell'affare; giacchè i terzi l'ànno ignorato, ànno veduto una procura, e vi ànno prestato fede. Il mandante deve sopportare la pena della sua cattiva scelta : *In culpa fuit malæ electionis*.

826. Ne' numeri 714, 724, 725, 726, 737, 752, 755, 770, 772, 812 ed 813 son passati altri esempi sotto i nostri occhi.

827. Ma vien meno questo privilegio concesso alla buona fede quando la buona fede non esiste : chè la frode non deve mica giovarsi delle immunità del credito.

Però se i terzi che ànno negoziato col mandatario conoscevano la rivocazione o l'estinzione

(1) Paolo, l. 26, D , *Mondoti*.
(2) T. 2, n° 903.
(3) Comento della *Società*, t. 2, n¹ 901 e 903.
(4) D., 44, 1, 134; Dev. 44, 1, 881.
(5) D., 44, 1, 297; Dev. 44, 1, 763.
(6) Perchè tutto fosse andato per lo meglio, vi sarebbe stato da desiderare che lo spirito di que' due arresti fosse stato compreso più esattamente dai raccoglitori di essi. La raccolta di Dalloz si è abbandonata ad una assai lunga interpetrazione della mia dottrina e di quella dell'arresto del 10 luglio 1844, e non è stata aiutata dalla consueta giustezza de' suoi sentimenti. Quella di Devilleneuve à fiducialmente seguito l'interpetrazione dell'altra che avevala preceduto. La sola *Rivista di legislazione* à conosciuta e ristabilita la verità di quel punto di diritto (articolo di Pons, t. XXI, p. 519). Non ci à la menoma contraddizione fra la mia dottrina e l'arresto del 10 luglio 1844. Oltracciò, la mia dissertazione à influito sulla soluzione della Corte suprema, anzi ò saputo, mercè una lusinghiera partecipazione del relatore, che la Corte aveva inteso di consecrarne le idee.

Laonde ò creduto utile di reclamare contro le osservazioni del giornale di Dalloz. Io lo ringrazio d'aver menzionata la mia protesta nella tavola del suo volume del 1844 : intendo bene di rispondere delle mie idee; ma non voglio assumere la risponsabilità di quelle che mi si attribuiscono gratuitamente.
(7) *Supra*, n° 761.
(8) Pothier, n° 89. — Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 354.— *Supra*, n° 604.

del suo mandato, le operazioni che avranno effettuato con lui non ridonderanno sul mandante: saranno nulle rispetto a quest' ultimo (1).

828. Saranno nulle, noi diciamo: e ciò, non solamente nel caso in cui il mandatario avesse dato conoscenza ai terzi dell' estinzione del suo mandato [il che è precisamente il caso contemplato nell'articolo 1997 (1869 LL. civ.)], ma eziandio se i terzi avessero indirettamente avuta una tale conoscenza, purchè si fosse questa acquistata in un modo non equivoco. La legge non s' impaccia de' mezzi con i quali i terzi ànno potuto rimanere consapevoli dello stato delle cose, bensì arrestasi a questo punto soltanto: Erano i terzi in buona fede? E la morale e l'equità risolvono sì fatta questione. È sufficiente l' aggiungere che non à luogo nella soluzione nè sottigliezza nè sistema di formalità.

829. I terzi sono ancora riprovevoli allor quando, avendo conosciuta la rivocazione o la cessazione del mandato in un tempo nel quale il mandatario non per anco erane consapevole, ànno profittato della costui ignoranza per seco lui negoziare. La loro buona fede non è regolata su quella del mandatario. Eglino possono essere di buona fede quando il mandatario è in frode (2), e posson essere in frode quando il mandatario è in buona fede.

Articolo 2010 (1882 LL. civ.).

In caso di morte del mandatario, i suoi eredi devono darne l'avviso al mandante, e provvedere frattanto a ciò che le circostanze richieggono per l' interesse di questo (a).

SOMMARIO.

830. Delle obbligazioni degli eredi del mondotario quando muore quest' ultimo.
 Principio di tali obbligazioni.
 Il quale talvolta si ricongiunge alla gestione di negozi, tal oltro volta si ricongiunge allo stesso mandoto.
831. Gli eredi possono agiro soltanto per ciò che strettamente è necessario.
832. Se le cose sono intera, debbono avvisare il mandante della morte del loro autore, e non debbono imprendere cosa alcuna.
833. *Quid* se le coso non sono più intere?
834. Continuozione.
835 Del caso in cui gli eredi sono minori.
836. Del caso in cui sono donne.
837. Del caso in coi gli eredi ànno ignorato l'esistenza del mandato nella persona del loro autore.
838. Della pruova di una tale ignoranza.

COMENTO.

830. La morte del mandatario è un fatto imprevduto, il quale potrebbe portare le più gravi conseguenze agl' interessi del mandante, se i suoi eredi non fossero chiamati a sopperire alle necessità del momento ed a prendere le misure di conservazione volute dalla prudenza. La legge impone loro adunque, in quel critico momento, talune obbligazioni richieste dall' equità, le quali sono una conseguenza naturale della fiducia che il mandante aveva riposta nel loro autore.

Taluni scrittori ànno detto che in ciò non sia il mandato quello che continua nella loro persona, per la ragione che il mandato non si trasmette e rimane estinto per la morte. Secondo essi, emerge una gestione di negozi deriva-

(1) Combinate l'articolo 2009 (1881 LL. civ.) con l' altro articolo 1997 (1869 LL. civ.).
(2) *Supra*, n° 820.

(a) Leggi civili. L' articolo 2010 del Codice civile corrisponde all' articolo 1882 delle Leggi civili conceputo ne' seguenti termini:

« In caso di morte del mandatario, i suoi eredi debbono dare l' avviso al mandante, e provvedere frattanto a « ciò che le circostanze richieggono per l' interesse di costui.

Leggi romane. Gli eredi del mandatario non potevano imprendere la gestione degli affari del mandante, sia che il loro autore avesse già principiato ad eseguire l' incumbenza, sia che le cose fossero state tuttora intere; e se facevano il contrario non godevano dell' azione *mandati*: l. 27, § 3, D., *Mandati*.

Ma se poi avessero eseguito il mandato nella supposizione che gli affari fossero stati propri del loro autore, e se il loro errore fosse stato probabile, avevano l' *utile contraria* azione, giusta si argomento dal § 11, Inst., *De mandato*, e tutto quello che avessero fatto valeva pienamente per rigore di diritto, quantunque competesse al mandante la *publiciana* per rescindere quanto essi avessero eseguito in di lui danno e nell' assenza di lui: l. 57, D., *Mandati*; e l. 35, *in princ.*, D., *De oblig. et act.* (*Edit.*)

ta dall' urgenza ed imposta dalla legge. Ma sì fatta osservazione è essa esatta? A mio credere dev' essere modificata con una distinzione.

Se le cose sono ancora intere quando è trapassato il mandatario, niun dubbio che non si ricongiungerà mica al mandato tutto quello che i suoi eredi faranno dopo la sua morte. Quest' appunto è la precisa decisione di Cajo (1). In una tale posizione di cose essi altro non sono che gestori di negozi.

Ma non ne è affatto lo stesso allor quando l'esecuzione del mandato era stata principiata dal defunto, e quando gli eredi stretti da una urgente necessità hanno terminato l' affare o pure hanno impedito con misure di conservazione che pericolasse. In questa materia, la cosa importante e decisiva è il cominciamento dell' esecuzione (2). E gli eredi, poichè hanno agito soltanto in continuazione di ciò ch'era stato principiato, continuano il mandato. Questo in fatti è quanto viene insegnato dal presidente Favre (3): « *Hoc enim casu cum non sit finitum* « *mandatum morte mandatarii, quod res in-* « *tegra non sit,* DUBITANDUM NON EST *quin* « *actionem mandati, non modo utilem, sed* « *etiam directam et vulgarem habere debeat* « *mandatarii haeres, qui mandati executio-* « *nem a defuncto coeptam impleverit ac per-* « *fecerit.* »

831. Ecco ora in qual modo quest' azione degli eredi dev' essere limitata ; e si antivide che essa non potrebbe essere se non se assai ristretta. Il motivo ne sta nel bisogno del momento, ed il limite ne sta in ciò che precisamente è necessario.

Se quindi le cose sono ancora intere, gli eredi dovranno limitarsi a dare avviso al mandante, e ad attendere le costui istruzioni. È indispensabile un tale avviso per mettere il mandante nello stato di sopperire a ciò che i suoi interessi gli suggeriscono di fare, e di provvedersi al più presto possibile di un altro mandatario(4). È regola in materia di mandato che il mandante non debba ignorar nulla di ciò che cambia lo stato in cui trovavansi le cose al tempo del contratto (5).

832. Ma, dato questo avviso, gli eredi debbono astenersi dall' imprendere veruna cosa ; giacchè, non essendo principiata l' esecuzione, non tocca ad essi di porvi mano. In vero, il mandato non esiste più, ed il cominciamento di esecuzione non può coincidere con la cessazione della facoltà di agire (6).

Essi per altro sarebbero scusati, secondo Papiniano, laddove avessero creduto per errore che il mandato continuasse nella loro persona. La loro buona fede sarebbe per essi una salvaguardia (7).

833. Quando le cose non sono più intere, gli eredi debbono vedere se sia indispensabile di prendere qualche misura urgente ovvero di conservazione. Convien badare sopra tutto a ciò che il mandante non soffra pregiudizio alcuno (8). Ma (osserviamo bene) questo è nel solo caso in cui essi possano immischiarsi in un affare che non sia stato commesso alle loro cure, ed anche in tal caso dovranno limitarsi a quanto sia il più necessario ed il più urgente.

834. Che se le circostanze non richiedessero veruna misura di conservazione, gli eredi si rimarranno dal fare; lasceranno le cose nello stato in cui erano state lasciate dal defunto ; ed abbandoneranno al mandante, debitamente avvisato, la cura di proseguire di per sè stesso o mediante un altro mandatario ciò che la morte non ha permesso al loro autore di menare a termine.

835. Gli eredi sono dispensati da tutte queste cure quando sono minori (9); imperciocchè, essendo incapaci di vegliare ai loro propri interessi, come mai potrebbero curare gl' interessi degli altri?

836. Io estendo del pari una tale esenzione alle femmine, l' inespertezza delle quali negli affari è un motivo di scusa (10). E non dimentichiamo che qui trattasi d' una semplice continuazione di mandato, in cui non si valuta la risponsabilità col medesimo rigore che si userebbe ove si trattasse dello stesso mandatario. Inoltre, in questa materia, ogni cosa dehb' essere osservata dal punto della buona fede. « *De* « *bona fide enim agitur, cui non congruit de* « *apicibus juris disputare* (11). »

837. Finalmente, gli eredi maggiori che fossero rimasti nell' inazione sarebbero esenti da risponsabilità qualora avessero ignorata l' esistenza del mandato. In quel modo che la legge ammette, quanto agli eredi, la possibile igno-

(1) L. 27, § 3, D., *Mandati.*
(2) Paolo, l. 21, § 2, D , *Negot. gest.*
(3) Sulla legge 27, § 3, D., *Mandati.*
(4) Delamarre e Lepoitevin, t. 2, n° 412. — *Junge* Duranton, t. 18, n° 293.
(5) Vedete, per esempio, la legge 27, § 2, D., *Mandati* (Cajo.). — *Supra*, n° 807.
(6) Cajo, l. 27, § 3, D , *Mandati.*
(7) L. 57, D., *Mandati.*
(8) Mio comento della *Società*, t. 2, n° 893.
(9) Mio comento della *Società*, t. 2, n° 893. — Argomento dalla legge 1, D , *De fidejussoribus et nominatoribus et haered. tutorum* (Pomponio). — Argomento dall' articolo 419 del Codice civile (341 LL. civ.). — Duranton, t. 18, n° 293.
(10) Pomponio, suddetta legge, e mio comento della *Società*, t. 2, n° 893.
(11) Ulp , l. 28, § 4, D., *Mandati.*